

Paris, le

14 OCT. 2013



Professeur Valérie-Laure Benabou

Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

Madame, *chère Valérie-Laure*

Lors de son intervention au cours de la séance plénière du 9 juillet 2013, la Ministre de la culture et de la communication a émis le souhait que le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique lance une étude sur les créations dites « transformatives », afin d'approfondir les premières pistes dégagées sur le sujet dans le rapport de Pierre Lescure sur l'Acte II de l'exception culturelle.

Le développement des technologies de l'information a accru les possibilités de transformation des œuvres accessibles sous forme numérique. Leur circulation et leur combinaison sont également facilitées par la mise en réseau et les pratiques communautaires d'échange. Il en résulte une multiplication des initiatives créatives de natures diverses (telles que le *mashup*¹) regroupées sous le vocabulaire fédérateur de créations transformatives.

Le rapport Lescure a préconisé d'accompagner le développement de ces pratiques dans le respect des intérêts légitimes des créateurs des œuvres réutilisées. À cette fin ont été suggérées plusieurs mesures concrètes telles que l'amélioration des procédures d'identification des ayants droit, la conclusion d'accords entre les sociétés de gestion collective et les plateformes de partage de contenus, l'encouragement du recours aux licences libres ou encore l'extension éventuelle de certaines exceptions.

En outre, cette question du statut juridique des créations transformatives présente une dimension internationale forte. Elle a récemment fait l'objet de réflexions dans plusieurs autres pays et suscite l'intérêt des institutions de l'Union européenne.

Au regard de tous ces éléments, je vous propose de conduire une mission sur le sujet dans le cadre du Conseil supérieur. Cette mission aura pour tâche, après avoir identifié et défini les usages créatifs pertinents, d'en appréhender les diverses dimensions juridiques. S'il devait ressortir de votre travail la reconnaissance d'une notion stable d'œuvre transformative, il conviendrait d'étudier l'opportunité de lui consacrer un statut légal permettant notamment d'articuler les droits dont elle serait le siège avec les droits sur les œuvres qui entrent dans sa composition.

¹ Le Journal officiel du 22 juillet 2010 a traduit ce terme par « collage » et le définit comme « un assemblage, au moyen d'outils numériques, d'éléments visuels ou sonores provenant de différentes sources ».

Aux fins de mener à bien cette réflexion, il vous sera loisible de vous saisir de toute question dont la pertinence vous aura été révélée au cours des travaux.

Vous pourrez vous appuyer sur l'expertise des membres ainsi que sur les moyens matériels du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, et auditionner toute personne extérieure sur le sujet. Vous serez assistée de Monsieur Fabrice Langrognet, conseiller au tribunal administratif de Paris, qui assurera les fonctions de rapporteur.

Je souhaiterais que vous puissiez remettre le résultat de cette étude au Conseil supérieur au mois de janvier 2014.

Je vous remercie d'avoir accepté cette mission et vous prie de croire, Madame, à l'expression de mes salutations respectueuses.

Avec toute ma confiance



Pierre-François Racine

RAPPORT DE LA MISSION DU CSPLA SUR LES « ŒUVRES TRANSFORMATIVES »

Valérie Laure BENABOU

Rapp. de la mission Fabrice LANGROGNET

Contexte. Le présent rapport a été commandé par la ministre de la culture au Conseil Supérieur de la propriété littéraire artistique notamment pour prolonger la réflexion initiée sur les « œuvres transformatives » dans le rapport Lescure et examiner, en particulier, l'opportunité de suivre les pistes d'intervention qui y figuraient. Par ailleurs, la Commission européenne s'est saisie du dossier et a accéléré son agenda, comme en attestent à la fois l'étude commandée par ses services au cabinet De Wolf¹, rendue publique en décembre 2013, qui couvre notamment la question des « *User Generated Contents* » et le questionnaire adressé aux parties intéressées en 2014 en vue de la rédaction d'un Livre blanc. La question est donc devenue d'une brûlante actualité communautaire, même si les orientations politiques semblent encore floues². Les rédacteurs de ce rapport ne peuvent cependant pas ignorer le phénomène et inscrivent leur réflexion dans ce contexte³. Par ailleurs, les acteurs privés se sont partiellement organisés à travers des accords conclus entre les plateformes de diffusion telles que Youtube et les ayants droit. Bien que le contenu de ces accords demeure confidentiel et que les modalités de mise en œuvre échappent à la connaissance des rédacteurs, il convient, là encore, de prendre acte de ces évolutions dans les développements qui suivent. Enfin, parce que le phénomène de la création transformative est protéiforme, il est apparu nécessaire de ne pas réduire le champ de l'étude à une interrogation manichéenne sur l'opportunité de consacrer ou non une exception pour les contenus amateurs mais d'élargir la perspective à une réflexion d'ensemble sur le sort des œuvres ou réalisations empruntant des éléments d'œuvres antérieures, tout particulièrement dans l'environnement numérique.

¹ http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/131216_study_en.pdf ; Study on the Application of the Directive 2001/29 on Copyright and Related Rights in the Information Society, rédigé par le cabinet De Wolf et le CRIDS, ci-dessous rapport De Wolf ou rapport Triaille.

² Depuis plusieurs années, des documents de réflexion de la Commission européenne abordent ce sujet comme étant un point d'intérêt, avec des angles différents ; v. Livre vert sur le droit d'auteur et l'économie de la connaissance, 2008 : « The Directive does not currently contain an exception, which would allow the use of existing copyright protected content for creating new or derivative works. The obligation to clear rights before any transformative content can be made available can be perceived as a barrier to innovation in that it blocks new, potentially valuable works from being disseminated. However, before any exception for transformative works can be introduced, one would need to carefully determine the conditions under which a transformative use would be allowed, so as not to conflict with the economic interests of the rightholders of the original work. » ; Communication du 19 octobre 2009 sur le droit d'auteur et l'économie de la connaissance : « most of the stakeholders consider that it is too early to regulate » ; Communication of 24 May 2011 on a Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe : « There is a growing realisation that solutions are needed to make it easier and affordable for end-users to use third-party copyright protected content in their own works. Users who integrate copyright-protected materials in their own creations which are uploaded on the internet must have recourse to a simple and efficient permissions system. This is particularly pertinent in the case of "amateur" users whose UGC is created for non-commercial purposes and yet who face infringement proceedings if they upload material without the right holders' consent. » ; Communication du 18 décembre, 2012 sur les contenus dans le marché unique numérique : « The Commission's objective is to foster transparency and ensure that end-users have greater clarity on legitimate and non-legitimate uses of protected material, and easier access to legitimate solutions. [...] ; This work strand should identify the extent to which user-generated content is licensed to relevant platforms, and identify how to ensure that end-users are informed about what is legal and illicit use on the internet. [...] It should seek to ensure that end users benefit from easier access to, and greater clarity on what are the legitimate and non legitimate uses of protected material. » ; Discours du commissaire Barnier en date du 4 février 2013 : « Nous devons mieux cerner l'étendue des problèmes – s'ils existent car des arrangements pratiques sont déjà en place – et en tout cas faire en sorte que les solutions contractuelles ou technologiques soient trouvées pour le bénéfice de tous, lorsque le besoin existe. »

³ Le phénomène de la « création transformative » faisant l'objet d'une littérature francophone encore peu abondante, même si elle connaît un regain d'intérêt, nous avons également consulté des études parues en langue anglaise. Le corpus exploité reflète des tendances et des inégalités géographiques de la recherche actuelle, qu'elle soit esthétique, juridique ou économique, sur les créations transformatives.

Méthode. Bien que le présent rapport soit nécessairement le fruit de la subjectivité de ses auteurs, il est apparu indispensable de consulter le plus largement possible, et avec la plus grande curiosité, des acteurs multiples sur la question de la création transformative, tant le phénomène échappe, *a priori*, à toute tentative de systématisation. Pour ce faire, la mission a choisi d'auditionner des personnalités nombreuses, issues d'horizons divers, nourrissant des intérêts intellectuel, professionnel et personnel variés pour les créations transformatives. Alternant les entretiens individuels, les auditions collectives et la réception de contributions écrites, nous avons recueilli les observations de plus de quarante personnes, à la faveur d'une cinquantaine d'heures de dialogue⁴. Elaboré dès les premiers jours de travail, un questionnaire a été diffusé, en amont, à l'ensemble des personnes interrogées ; ce document, rédigé à dessein du point de vue des créateurs, a suscité, par ses imperfections inévitables et les présupposés que certains ont cru y déceler, des réactions diverses mais toujours fécondes⁵. La tonalité générale de ces entretiens fut positive : la plupart des personnes rencontrées se sont dites intéressées par le travail exploratoire confié à la mission, même si le constat de l'émergence d'un nouveau phénomène culturel, dont les caractéristiques justifieraient d'aménager le droit de la propriété intellectuelle, semble loin d'être unanimement partagé.

Le plan du présent rapport s'organise en deux temps. En premier lieu, un tour d'horizon analytique des différentes questions soulevées par les créations transformatives s'appuie sur le diagnostic porté par les acteurs sur les notions en jeu (I). Vient ensuite avec la présentation du droit existant, celle des différents ferments d'évolution juridique que nous avons identifiés, et des mérites de chacune des pistes d'action éventuelles en fonction de la nature, du degré et du niveau des aménagements qui pourraient être envisagés (II).

1. L'ETAT DE L'ART DE « LA TRANSFORMATION DES ŒUVRES », A LA CROISEE DE QUESTIONNEMENTS HISTORIQUES, POLITIQUES, ECONOMIQUES ET IDEOLOGIQUES

« Par ma foi, il y a des siècles que je fais de la création transformative sans que j'en susse rien, et je vous suis le plus obligé du monde de m'avoir appris cela ! » Voilà qui pourrait résumer, à la manière de M. Jourdain, le statut de la transformation en matière artistique. Au-delà d'une focalisation présentiste sur l'émergence d'un art numérique, l'idée de la transformation des œuvres n'est inédite qu'en apparence (1.1.). Sa fluidité, sinon son incertitude, permet d'y ranger de nombreuses pratiques (1.2.), dont l'appréhension est étroitement liée aux enjeux économiques de la création (1.3.).

1.1. La (re)découverte d'un phénomène ancien

En art, la transformation⁶ constitue un phénomène ancien (1.1.1.) relayée par l'approche philosophique de la création (1.1.2.). Toutefois cette idée se compose mal avec l'approche de la création par le droit, mue par des préoccupations de sécurité juridique, qui préfère y voir un objet fini assigné à un individu plutôt qu'un processus perpétuel de modification auquel participent une multitude de personnes (1.1.3.).

1.1.1. Histoire de l'art : l'ancienneté de la transformation

La transformation est, dans l'art, un phénomène ancien. Même en s'en tenant aux réinvestissements les plus flagrants, les mieux identifiables, l'art de la reprise et du remploi n'est pas

⁴ La liste des personnes auditionnées figure en annexe.

⁵ V. Annexe.

⁶ Selon l'expression bien connue de Lavoisier formulant la théorie de la conservation de la matière, « *Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme* ».

nouveau⁷. Réelle, concernant les reliques matérielles d'un objet préexistant, ou virtuelle, pour ce qui est de la citation ou de l'allusion plus ou moins directe, la « spoliation », l'hommage artistique ou l'appropriation remontent à la plus haute Antiquité⁸. Nombre de personnes interrogées par la mission ont souligné que la création artistique était toujours un « recyclage », dans des proportions variables, d'éléments antérieurs : la pratique transformative a une histoire. Depuis longtemps, le simple contexte peut suffire à déterminer le sens des objets et, partant, à les transformer : on peut penser au cas des boîtes en ivoire médiévales, réalisées par des artisans musulmans pour servir de réceptacle à des parfums ou des onguents, et qui devinrent des reliquaires une fois passés dans les trésors ecclésiastiques de la chrétienté. Ainsi, les artistes, les objets et les pratiques créatives peuvent se modifier sous l'effet de contacts interculturels, que ceux-ci soient délibérés, accidentels ou même réprouvés⁹.

Les formes de la création seconde sont multiples. Que l'on songe à Montaigne, connu pour les innombrables insertions de fragments de textes classiques dans ses *Essais*, ou à La Fontaine, dont les fables sont largement inspirées d'Esopé, l'ancienneté de la transformation littéraire, à des niveaux d'intensité divers, est bien présente à l'esprit des acteurs de la création. Le dialogue avec les maîtres a longtemps fourni une occasion de reprise, de citation ou de détournement, dans l'ensemble des beaux-arts : ainsi de *La Loge*, de Max Beckmann, reprenant un tableau du même nom de Renoir, ou des études de Francis Bacon à partir du portrait d'Innocent X par Vélasquez. En musique, on peut évoquer, parmi mille exemples, l'insertion du choral de Bach dans le *Concerto à la mémoire d'un ange* d'Alban Berg. L'appropriation assumée comme telle trouve l'une de ses œuvres fondatrices dans *L.H.O.O.Q.* (1919), le ready-made conçu par Marcel Duchamp à partir d'une reproduction de la *Joconde*. Chez Picasso, le remploi peut passer par un effort analytique : c'est le cas de son travail sur les *Ménines* ou sur les *Femmes d'Alger*. D'autres fois, il privilégie la citation libre¹⁰. Dès les années 1970, prennent place dans une même œuvre picturale des éléments préservés dans leur intégrité : ils sont juxtaposés, et la démarche artistique de transformation réside alors dans le caractère inédit de la nouvelle coordination proposée (on pense à *Celui-là ne s'échappera pas* d'Equipo Cronica, 1971, ou au *found-footage* expérimental du cinéaste autrichien Martin Arnold). La reprise explicite est souvent pratiquée comme un passage, un tremplin vers l'affranchissement de l'artiste. Comme le dit Giovanni Sample, auditionné par la mission, « reprendre des œuvres préexistantes permet de trouver son style. Ce qui est important, c'est ensuite d'arriver à se détacher de ses aînés. »

La transformation artistique connaît une vigueur nouvelle depuis quelques années. Favorisées par la technologie numérique et sa démocratisation, les pratiques contemporaines qui s'inscrivent dans cette longue histoire de la transformation par adjonction, citation ou réappropriation sont aujourd'hui nombreuses (voir *infra*). Elles s'appuient notamment sur le mouvement « appropriationniste » dont Elaine Sturtevant¹¹ a été l'inspiratrice dès les années 1960 en recréant, de ses propres mains, des œuvres d'autrui (comme *Flag*, de Jasper Johns). Plus tard, des artistes comme Sherrie Levine, Mike Bidlo, Richard Prince¹² ont développé ces pratiques d'accaparement, travaillant « à la manière de » certains de leurs prédécesseurs.

La conception même de l'art, au-delà des implications juridiques de ces œuvres, est bousculée par des pratiques novatrices : manipulations radicales de données (Jason Salavon, *The Grand Unification Theory*, 2010), re-performances de tubes pop (Candice Breitz, *Queen – A portrait of Madonna*, 2005), indexation de programmes télévisés (Jennifer et Kevin McKoy, *Every Anvil*, 2002), montages

⁷ V. « L'art de la reprise. Remplois, détournements et assemblages à travers l'histoire », colloque organisé les 23 et 24 mai 2008 sous la responsabilité de Jean-Pierre Criqui.

⁸ Pour la notion de « spolia » en matière artistique, v. notamment Richard Brilliant, Dale Kinney (dir.), *Reuse Value : Spolia and Appropriation in Art and Architecture from Constantine to Sherrie Levine*, Farnham, Burlington : Ashgate, 2011.

⁹ Christina M. Nielsen et al., « Transformation », *Art Institute of Chicago Museum Studies*, vol. 33, n°1, 2007, p. 71.

¹⁰ Brigitte Baer, « Picasso et les citations libres », in *Pablo Picasso : les dernières années, 1963-1973*, Rome : Carte Segrete, 1987, cité dans CNDP, « Emprunts et citations dans les arts visuels du XXe siècle », *Mag Arts*, automne 2002.

¹¹ http://www.lemonde.fr/culture/article/2014/05/09/l-artiste-americaine-sturtevant-est-morte_4413949_3246.html#

¹² Voir, *infra*, les contentieux relatifs à la notion de *fair use* à propos des œuvres de Richard Prince, et la définition donnée par les juges d'appel de l'appropriation en se référant à celle de la Tate Gallery : « the more or less direct taking over into a work of art a real object or even an existing work of art. »

cinématographiques ambitieux (Christian Marclay, *Video Quartet*, 2002 et *The Clock*, 2010). Ces œuvres reposent non seulement sur la large disponibilité de matériaux culturels mais aussi sur la familiarité du public avec ceux-ci. Ainsi que cela a été unanimement souligné lors de la mission, toute œuvre est transformative ; un auteur travaille toujours à partir d'un matériau puisé ailleurs. Mais il y a des œuvres qui revendiquent une transformation, avec une référence explicitement reconnaissable. À cet égard, les auditions ont également fait allusion à la figure de l'œuvre emblématique, dont la reprise s'impose non tant pas pour ce qu'elle est d'un point de vue formel, mais pour ce qu'elle signifie ou symbolise aux yeux du public.

1.1.2. Philosophie de l'art : créer, c'est transformer

De longue date, l'art a été pensé comme une transformation. Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme. Selon cette tradition intellectuelle, qui voit dans l'art une réappropriation, une reconfiguration constante, aucune œuvre ne sort toute armée de la pensée de son auteur. En matière littéraire, il n'est que de penser aux différents niveaux de relations « transtextuelles » dont Gérard Genette a dressé la typologie : au-delà de la citation (intertextualité), des rapports de commentaire, explicite ou non (métatextualité), la genèse d'un texte met en œuvre des processus de dérivation (hypertextualité) et d'inspiration (architextualité) par rapport à des textes antérieurs¹³. À ces notions, certains préfèrent aujourd'hui les termes « tissage, bibliothèque, entrelacs, incorporation, ou tout simplement dialogue¹⁴ ». Mais l'idée reste la même : l'œuvre nouvelle n'est qu'un tamis de références, d'emprunts et d'échos.

Bien sûr, la part irréductible de singularité de l'objet créé, au-delà même du champ artistique, demeure la caractéristique de la création, comme l'ont notamment montré les études des conduites créatrices dans une perspective « poïétique¹⁵ ». Mais l'originalité de l'œuvre « seconde », que l'on sait centrale tant dans la catégorisation esthétique que dans le droit d'auteur, si elle implique un écart, un surcroît de l'objet créé par rapport à ce qui le précède, n'en passe pas moins par une différenciation, qui implique une part de redondance. Seule cette dernière est « susceptible de fournir le fond cognitif sur lequel ce qui est non encore connu peut se détacher comme tel : ce qui est nouveau ne peut jamais se manifester que sur le fond de ce qui est déjà familier¹⁶ ». D'aucuns estiment que, quand le créateur se met en quête d'originalité complète, lorsqu'il tente de s'abstraire de toute référence, l'œuvre ne peut plus advenir¹⁷. Cette conception traduit, dans le champ esthétique, une pensée plus générale de la culture entendue comme une construction irréductiblement mimétique. Adorno soulignait ainsi, dès 1951, que « *l'humain est indissociablement lié à l'imitation : une être humain ne devient humain qu'en imitant d'autres êtres humains*¹⁸ ».

Regarder ou écouter une œuvre, c'est aussi la transformer. Dans une lignée conceptuelle qui puise notamment sa source dans la notion kantienne de subjectivité esthétique, la Nouvelle Critique a souligné la nature contextuelle de l'interprétation de l'œuvre d'art. Une œuvre ne fait alors sens qu'en situation, dans un processus de dialogue actif entre ses éléments constitutifs et les représentations de l'observateur. Les travaux de Roland Barthes, en particulier, ont eu pour effet de déplacer la focale, dans la pensée de l'œuvre, de l'auteur vers le lecteur, du créateur vers le spectateur. Non seulement tout texte est un « *tissu nouveau de citations révolues*¹⁹ », mais le sens de ce tissu dépend du sujet pensant qui le déchiffre. Bien que, symboliquement, la mort de l'auteur soit proclamée, celui-ci n'est pas complètement disqualifié dans la démarche esthétique : il n'est plus, toutefois, que celui qui offre

¹³ Gérard Genette, *Palimpsestes - La littérature au second degré*, Paris : Seuil, 1982.

¹⁴ Tiphaine Samoyault, *L'intertextualité. Mémoire de la littérature*, Paris : Nathan, 2001, p. 5.

¹⁵ V. not. René Passeron, *Pour une philosophie de la création*, Paris : Klincksieck, 1989.

¹⁶ Nathalie Heinich, Jean-Marie Schaeffer, *Art, création, fiction. Entre sociologie et philosophie*, Nîmes : J. Chambon, 2004, p. 76.

¹⁷ V. Hélène Maurel-Indart, *Du plagiat*, Paris : Gallimard, 2011, pp. 11-16.

¹⁸ Theodor Adorno, *Minima Moralia*, Paris : Payot, 2001 (1^{re} éd. 1951), p. 208.

¹⁹ Roland Barthes, « Texte (Théorie du) », *Encyclopedia Universalis*, 1973.

prise, qui « donne lieu » aux représentations. Ce sont les « spectateurs qui font les images », dit sans ambages Marcel Duchamp²⁰.

Parce qu'elle suppose un processus référentiel avec le monde extérieur auquel la seule instance à avoir accès au moment du contact esthétique est le spectateur, la représentation dépend largement de ce dernier²¹. Cette filière intellectuelle n'est pas inconnue des juristes. C'est en se référant explicitement à celle-ci que certains d'entre eux ont recommandé, pour apprécier le caractère transformatif ou non d'une œuvre seconde, de ne pas se concentrer uniquement sur ce que l'auteur a entendu réaliser, mais sur le sentiment du spectateur, son appréciation d'un supplément, d'une plus-value par rapport au matériau de départ²². Une telle approche pourrait confiner à un relativisme absolu si chaque lecture individuelle devait être reçue comme une œuvre à part entière. Or, il ne s'agit pas de soutenir, ici, que tous les spectateurs seraient sur un pied d'égalité pour juger du caractère transformatif d'une œuvre d'art, ni que leur seule expérience ferait nécessairement œuvre. Les opinions en la matière peuvent avoir des autorités sociales différentes liées à leur professionnalisme, à leur constance, à leur réception publique, ce qui contribue à réaliser entre elles une hiérarchie subtile et non avouée. Elles ne prétendent pas toutes influencer sur la qualification de l'œuvre d'un point de vue juridique. Toutefois, la perspective du spectateur sur ce qui fait œuvre et ce qui fait œuvre différente n'est pas absente des préoccupations du droit : dans le procès, elle devient une fiction juridique à visée instrumentale ; c'est au juge qu'il appartient, *in fine*, de procéder à ce jugement de « spectateur » pour déterminer s'il se trouve face à une œuvre susceptible d'être protégée.

1.1.3. Histoire du droit et représentation symbolique d'une œuvre « finie »

Le droit d'auteur contemporain français est marqué par une relation étroite entre l'auteur et son œuvre. En France, la garantie de l'emprise des auteurs sur leurs œuvres est reconnue de longue date. Des arrêts du Conseil du Roi du 30 août 1777 et du 15 septembre 1786 jusqu'à la grande loi du 11 mars 1957, en passant par les mots fameux de Le Chapelier sous la Constituante, selon lequel « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et [...] la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée de l'écrivain », l'histoire du droit d'auteur est celle d'un droit attaché aux créateurs²³. Ce lien étroit, sinon tout à fait indéfectible, entre l'auteur et l'œuvre, se manifeste particulièrement dans la reconnaissance d'un droit moral de l'auteur sur son œuvre, souvent envisagée comme un « produit fini »²⁴.

La paternité de l'auteur sur son œuvre, avec tout ce que cette notion juridique véhicule de représentations psychologiques quant au rapport presque charnel de la « filiation » en jeu, demeure très présente dans le corps social et dans l'esprit des personnes interrogées par la mission. L'idée selon laquelle l'œuvre naît du « génie de son auteur » a laissé une trace profonde dans les mentalités. Les œuvres de l'esprit sont celles qui « procèdent d'une activité créatrice », celle-ci réalisant « une production originale, dans laquelle se reflète et s'exprime la personnalité de l'écrivain ou de l'artiste »²⁵.

Les évolutions contemporaines des pratiques créatives ébranlent ces conceptions. Mais le droit à la paternité comme le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre, considérés comme inaliénables en droit français, semblent mal s'accommoder de la réappropriation, de la dérivation, caractéristiques des

²⁰ Cité dans Thierry de Duve, *Résonnances du readymade. Duchamp entre avant-garde et tradition*, Paris : Hachette, 2006, p. 76.

²¹ Cette idée se trouve notamment développée dans les analyses sémiologiques des œuvres de Magritte par Michel Foucault. V. Michel Foucault, *Ceci n'est pas une pipe*, Fata Morgana, 1973.

²² Voir notamment Laura A. Heymann, « Everything Is Transformative: Fair Use and Reader Response », *Columbia Journal of Law & the Arts*, Summer 2008, 31, 445.

²³ V. par ex. Michel Vivant, Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris : Dalloz, 2012, pp. 19-23.

²⁴ Joëlle Farchy, « Le droit d'auteur est-il soluble dans l'économie numérique ? », *Réseaux*, 2001/6 n° 110, p. 20 : « L'existence d'un droit moral reposant sur des bases plus éthiques qu'économiques est bien souvent considérée comme l'une des principales différences entre le copyright anglo-saxon et le système européen. D'un point de vue éthique, il est apparu logique aux européens d'accorder un droit de regard sur le produit fini à tout créateur d'une œuvre de l'esprit. »

²⁵ Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Paris : Dalloz, 1978, p. 16.

mash-ups et autres usages contemporains qui relèvent des pratiques transformatives étudiées par le présent rapport. La multiplication des opportunités techniques d'intervention sur l'œuvre d'origine, pour la décliner dans le temps et dans l'espace, fait vaciller la représentation de l'œuvre achevée une fois pour toutes, et tend à accréditer l'hypothèse d'une œuvre ouverte²⁶. Or, même si l'histoire de l'art constitue un réservoir sans fin de transformations artistiques, on touche ici à l'essence, à l'identité même du système juridique de protection de la création et des créateurs qui repose sur cette fiction d'œuvre finie. Se pose dès lors inmanquablement la question de l'articulation des légitimités respectives des différents auteurs participant à des moments et des degrés divers dans le processus incrémental de la création. « L'approche humaniste du droit d'auteur [...] était parfaitement adéquate au XIX^e siècle²⁷ », mais à l'heure de l'art contemporain et de la démocratisation des outils permettant de créer de nouvelles formes, de nouveaux contenus, et de les diffuser, en particulier par le biais des technologies numériques, les choses apparaissent moins évidentes.

La mission s'est confrontée à l'évolution relative des représentations sociales de la création. On le sait, les dispositions du code de la propriété intellectuelle « concernent toutes les œuvres de l'esprit » (art. L. 112-1) et l'appréciation des droits de l'auteur ne saurait, en principe, dépendre du mérite de la création. Mais, des décennies après l'irruption du ready-made ou de l'art minimal, la neutralité esthétique a bien du mal à prévaloir à l'heure où la notion d'originalité de l'œuvre est elle-même bouleversée.

Or, au cours des auditions, il est apparu que les jugements de valeur esthétiques motivaient encore en partie les opinions des acteurs ; apparaissent des considérations telles que l'ambition, professionnelle ou amateur, du créateur ; le rapport de révérence, voire de hiérarchie, par rapport à l'œuvre autour de laquelle s'articulent les versions dérivées, etc. A l'échelle collective, certaines créations transformatives, qu'elles soient le fait d'un mashuppeur ou d'une auteure de fan-fiction, n'ont pas encore acquis, du fait même de leur diversité et de leur exposition sociale limitée, le statut d'œuvre à part entière. Souvent, leurs plus ardents défenseurs répugnent à les inscrire dans l'ambition démiurgique des grands créateurs d'autrefois et indiquent qu'elles convoquent un autre type de démarche créative. Pour autant, l'art contemporain est loin de faire table rase du génie créatif. Paradoxalement, « si le concept d'originalité est indéniablement en crise, du fait des pratiques post-modernes telles que le pastiche, le collage, le cut-up, la citation et l'appropriation, en même temps, le monde de l'art contemporain promet de plus en plus l'aura individuelle, restant attaché à la mythologie du génie créatif solitaire²⁸ ».

1.2. Sémantique et sociologie : apparition d'usages culturels et technologiques transformatifs

Les rédacteurs du présent rapport ont dû faire face à un défi majeur tenant à la définition de l'objet de leur analyse, notamment lorsqu'il s'est agi de le nommer. Le rapport Lescure, dont les propositions ont suscité l'intérêt du Conseil supérieur, fait tour à tour référence à la création ou à l'œuvre transformative. Il apparaît, à l'issue des auditions réalisées, que le vocable susceptible d'appréhender le mieux des phénomènes actuels foisonnants et disparates est loin de faire consensus. Même en se limitant aux pratiques « numériques » (1.2.1.), c'est l'incertitude terminologique qui domine (1.2.2.),

²⁶ Voir, pour une théorisation de la notion d'œuvre ouverte, et ses interprétations multiples, Umberto Eco, *L'Œuvre ouverte*, Paris : Seuil, 1965 : « Il y a dans toute œuvre d'art une dimension d'ouverture. Mais les œuvres contemporaines ont une caractéristique spécifique, supplémentaire : elles sont composées d'éléments qui, eux-mêmes, sont référentiellement ambigus [...] Cela suppose, de la part du spectateur, une intervention particulière, une lecture singulière, une reconstruction. La jouissance esthétique qu'elles procurent réside dans leur indétermination, leur entropie, leur capacité à introduire, à l'intérieur même de l'œuvre, le mouvement et l'ordre nouveau qui produiront, dans l'œuvre même, ses propres lois. »

²⁷ Nadia Walravens, *L'œuvre d'art en droit d'auteur. Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Paris : Economica, 2005, p. 17.

²⁸ Vito Campanelli, *Web Aesthetics : How Digital Media Affect Culture and Society*, Rotterdam : Nai Publishers ; Amsterdam : Institute of Network Cultures 2010 (trad. Francesco Bardo), pp. 184-185.

indétermination qui n'est pas sans poser des difficultés dans la perspective de définition d'un régime juridique *ad hoc*.

1.2.1. Les pratiques numériques transformatives

« Le numérique démultiplie la possibilité des usages transformatifs, qui ont toujours existé ». On ne peut que partager le constat de Jean-Claude Bologne, président de la SGDL, lors de son audition par la mission. Pour Cédric Manara, de Google, la transformation n'est pas un phénomène nouveau, mais la différence est qu'aujourd'hui, « tout cela se passe en ligne ». Plusieurs facteurs tenant à la technologie numérique ont permis de démocratiser les usages sur des objets culturels : la numérisation (baisse des coûts, égalisation des supports), les réseaux (technologies et doctrines de partage), la facilité d'accès (instantanéité, disponibilité du matériau primaire, mondialisation de l'archive).

Si le phénomène de la transformation n'est pas nouveau, le numérique permet un changement d'échelle, voire, pour certains, un changement de nature, à l'instar de Jérémie Nestel qui estime que « nous sommes ainsi graduellement en train de passer d'une société ouvrière à une société œuvrière²⁹ ». Pour Philippe Aigrain, « la grande transformation qu'a apporté le numérique (entendu comme combinaison de l'informatique, d'internet et du Web) dans le champ culturel [...] est avant tout une immense capacitation culturelle, une capacité accrue à créer et s'exprimer : multiplication par 100 du nombre de personnes qui ont accès à la publication et la distribution de contenus à destination ouverte ; division par 10 à 100 du coût de production de contenus selon les médias ; apprentissage simplifié des fonctions techniques de création. Les compétences expressives restent bien sûr plus difficiles à s'approprier, mais les processus sociaux liés à la création sur internet et à ses retombées dans l'espace social physique permettent à chacun de progresser. On pourrait donc considérer que la naissance et la diffusion sociale du numérique à elle seule va enrichir considérablement la culture au sens large. [...] La parenthèse des industries culturelles, de l'asymétrie forte entre producteurs et récepteurs, de l'illettrisme audiovisuel se referme »³⁰.

La vidéo constitue une bonne illustration du lien existant entre la technologie numérique et l'essor des usages sur objets culturels. Au-delà même de la vidéo tournée soi-même, dont la qualité a connu, à coût constant, une progression vertigineuse, la popularisation de la production de fanvids (voir *infra*) est indissociable de l'essor et de la démocratisation des outils logiciels d'édition vidéo³¹ et de l'accroissement des propriétés des ordinateurs personnels en matière de vitesse de calcul, de mémoire et d'espace de stockage. A la naissance de cette pratique³², créer un morceau audio-vidéo de ce type imposait de longues heures de travail pour enregistrer la source analogique, la monter, la doubler. La qualité de la vidéo samplée était généralement médiocre, et le *vidder* était cantonné à la réalisation de coupes basiques³³. Le créateur d'aujourd'hui a, par contraste, accès à une source primaire, numérique, généralement de haute qualité, qu'elle soit extraite de DVD par des logiciels dits de *ripping* tels que *Mac the Ripper* ou *Handbrake*, ou qu'elle soit téléchargée sur internet par le biais de logiciels de pair-à-pair ; il peut utiliser, en outre, des techniques qui n'étaient disponibles jusqu'à récemment que pour les grands studios de cinéma.

²⁹ Cité par Lionel Maurel, sur son blog S.i.Lex, <http://scinfolex.com/2014/06/01/let-copyright-go-disney-plus-tolerant-vis-a-vis-des-creations-par-les-fans-mais-il-y-a-une-raison/>

³⁰ Ph. Aigrain, « Culture et partage : les conditions d'existence des communs culturels », <http://paigrain.debatpublic.net/?p=6219> ; v. également *Sharing: Culture and the Economy in the Internet Age*, Amsterdam University Press, 2012 ; La Quadrature du Net, *Éléments pour la réforme du droit d'auteur et des politiques culturelles liées*, <https://www.laquadrature.net/fr/elements-pour-la-reforme-du-droit-dauteur-et-des-politiques-culturelles-liees>, incluant un chapitre sur les droits d'usage collectifs écrit par Lionel Maurel et Sylvère Mercier.

³¹ A l'instar d'*Adobe Photoshop* pour les images fixes, les logiciels d'édition vidéo tels que *Adobe Premiere Final Cut Pro*, *iMovie*, ou *Windows Movie Maker* permettent de modifier pratiquement toutes les données de la source et d'insérer des effets particulièrement complexes, au point que le résultat est souvent difficile à distinguer du travail d'un professionnel de l'image.

³² Audition de l'artiste dit Giovanni Sample.

³³ Voir Henry Jenkins, *Textual Poachers : Television Fans and Participatory Culture*, New York, Londres : Routledge, 1992, p. 244.

La diffusion des vidéos bénéficie également du numérique. Fini le temps où les fanvidders ne pouvaient produire qu'une copie de leurs œuvres à la fois, en utilisant deux magnétoscopes VHS. Naguère, la seule manière de découvrir les œuvres des autres pratiquants était d'assister à des réunions de fans. Aujourd'hui, des listes de diffusion, des blogs tels que *LiveJournal*, offrent la possibilité d'échanger non seulement des créations, mais également de partager des techniques, voire de développer des normes propres à telle ou telle communauté de fans. Le web facilite grandement la diffusion, même si l'envoi direct de fichiers peut être rendu difficile par la taille de ceux-ci et la nécessité de disposer de connexions à haut débit. Mettre le site sur une plateforme résorbe cet obstacle et permet de toucher un public potentiellement très nombreux, mais s'accompagne en retour d'une perte de qualité audiovisuelle, inconvénient devant lequel certains continuent de renâcler.

Le phénomène de la transformation ne se limite pas à la vidéo mais couvre tous les champs de la création. Pour Lara Beswick, consultante et responsable des affaires Art et culture chez Creative Commons France, il y aurait lieu de distinguer nettement deux types de transformations : d'une part, la modification de l'œuvre elle-même ; d'autre part, une pratique qui relève du montage, de la réorganisation des éléments de l'œuvre. En vérité, les classements typologiques en la matière se révèlent bien délicats. Ceux que Rebecca Tushnet appelle les « enfants illégitimes » de la culture internet sont très nombreux et très différents³⁴. Sans prétendre à l'exhaustivité, le présent rapport a souhaité, à partir des auditions menées par la mission et de la littérature disponible sur la question, mettre en lumière certaines pratiques pouvant être rattachées au phénomène de la transformation des œuvres dans l'univers numérique.

➤ *Le mash-up, catégorie transversale*

Le mot de mash-up (ou mashup) semble assez répandu. Dans le Bulletin officiel du 25 novembre 2010, le *mashup* ou « collage » est défini comme la « composition faite d'éléments hétérogènes, qui constitue une œuvre originale », ou encore comme « un assemblage, au moyen d'outils numériques, d'éléments visuels ou sonores provenant de différentes sources ». Le mashup s'apparente, selon les termes de Lawrence Lessig, à « une appropriation d'images et de sons de la culture commune³⁵ afin d'en faire autre chose ». Le terme, forgé récemment en anglais, a été popularisé au milieu des années 2000. S'il renvoie le plus souvent, chez ceux qui le pratiquent, à l'usage de l'image animée, le mash-up peut être entendu plus largement, au point que certains y voient la catégorie générale qui rassemblerait l'ensemble des créations transformatives, ou du moins des créations non littéraires.

L'apparition du mash-up est liée au bootlegging. Selon Antoine Minne, alias DJ Zebra, qui se revendique « mashuppeur » depuis de nombreuses années, « le *mash-up* est apparu en lien avec le terme *bootleg*, qui désigne la réappropriation d'œuvres existantes par n'importe qui. Il vient de la volonté d'être acteur musical, de créer des choses fantasmagiques, fortes, sans enregistrer soi-même. Au départ, la stimulation est avant tout liée à la prouesse technique. Mais il y a très souvent une dimension d'hommage qui s'ajoute. » Référence directe au trafic illicite d'alcool pendant la Prohibition aux États-Unis, le *bootlegging*³⁶ renvoie désormais à l'utilisation de matériaux qui ne sont pas accessibles commercialement : il désigne ainsi les pratiques non commerciales de reconfiguration, de doublage et de partage de contenu musical ou audio-visuel et permet, selon ses défenseurs, de corriger les imperfections de marché, de réparer les omissions archivistiques et d'enrichir les collections particulières³⁷.

³⁴ Rebecca Tushnet, « Creativity and the Law: Scary Monsters: Hybrids, Mashups, and other Illegitimate Children », *Notre Dame Law Review*, 86, septembre 2011, p. 2133.

³⁵ Lawrence Lessig, « Free(ing) Culture for Remix », *Utah Law Review*, 2004, p. 961.

³⁶ Voir *Bootleg*, film documentaire réalisé sur le phénomène en France et aux États-Unis, en 2006 <http://www.youtube.com/watch?v=wA76xB2eGME>

³⁷ Lucas Hilderbrand, *Inherent Vice : Bootleg Histories of Videotape and Copyright*, Durham, Londres : Duke University Press, 2009, p. 22.

Les types de mash-up sont très nombreux. Certains ont tenté de distinguer le mash-up audio, le mash-up vidéo et le ciné-remix³⁸. D'autres auteurs proposent d'autres taxinomies, en y incluant les mash-ups logiciels et les mash-ups hybrides³⁹. Ainsi que l'a relevé Benoît Labourdette au cours de son audition par la mission, **les mashups vidéos**, à l'honneur désormais lors du *Mash-up Film Festival* organisé par le Forum des Images, ont une longue ascendance dans le cinéma expérimental, où ils étaient initialement liés à la récupération d'images inédites (*found-footage*). Le mash-up vidéo, appelé parfois remix vidéo ou ciné-remix, partage souvent avec le remix musical l'idée d'une reformulation, d'une nouvelle configuration d'une œuvre antérieure. L'ensemble des éléments composant un mash-up vidéo peuvent venir d'œuvres préexistantes (comme dans *The Clock*, de Christian Marclay), mais la proportion de tels éléments peut être réduite. Les **mash-ups audio**, ou mash-ups musicaux, sont historiquement les premiers mash-ups à être apparus. Dans leur expression la plus caractéristique, ils semblent consister en deux ou plusieurs titres musicaux entremêlés. Les DJs ont depuis longtemps créé des mash-ups, dans un cadre souvent ponctuel et éphémère. Le travail de Brian Burton, plus connu sous le nom de DJ Danger Mouse, a donné une visibilité nouvelle à cette pratique, avec la diffusion de son mash-up portant le titre parlant d'*Album gris* (*The Grey Album*), combinant l'*Album blanc* des Beatles et l'*Album noir* de Jay-Z⁴⁰. Comme pour l'image et la musique, les mash-ups logiciels sont des créations qui combinent le contenu de deux ou plusieurs logiciels informatiques en une nouvelle application. Par exemple, le programmeur Paul Rademacher a combiné des informations du site de petites annonces Craigslist.com avec celles du service de recherche cartographique développé par Google pour produire un site internet sur lequel les locations immobilières pouvaient être instantanément géolocalisées sur une carte.

Mash-up ou remix. Tandis que le mash-up jouit d'une grande autonomie artistique, comme en témoignent notamment les créations de Bruno Mars, qui travaille avec des dizaines de samples, le remix, son aîné, semble n'être, pour Antoine Minne, qu'un « complément » à l'original, une « relecture » d'un morceau précis⁴¹. Comme le rappelle Giovanni Sample, le *remix* est nécessairement un travail sur un original, ainsi que l'indique « le préfixe qui implique un nouveau travail sur de l'existant ». Cette pratique trouve ses racines dans le *dub*, développé en Jamaïque à la fin des années 1960, lorsque des producteurs et des DJ comme Lee Perry et King Tubby donnèrent naissance à cette forme artistique à partir de pistes rythmiques existantes réarrangées dans une nouvelle « version » (*dub*)⁴². La première étape majeure dans l'histoire de la culture remix eut lieu au milieu des années 1970, lorsque les cultures *dub* et *disco* du remix se rencontrèrent par l'intermédiaire des immigrés Jamaïcains vivant à New York⁴³. Lawrence Lessig parle du remix comme d'une acte essentiel de « créativité RW » (*read and write*, par opposition à *read only*) ; en d'autres termes, de créativité transformative. Le développement d'outils puissants tels que ZEEGA⁴⁴ permet à la fois d'intégrer des éléments directement présents sur internet (photos sur Flickr et Tumblr, gifs de Giphy et Tumblr, sons de Soundcloud et vidéos de YouTube) et de réaliser une diffusion de l'ensemble recomposé ; d'autres instruments tels que Klynt, logiciel de narration web multimédia et interactive, peuvent avec certaines fonctionnalités intégrer une vidéo Youtube et l'éditer pour en faire une forme nouvelle.

³⁸ Ismay Marçais, « Le mash-up, vjing, ciné-remix face au droit d'auteur », mars 2009, disponible en ligne.

³⁹ Andrew S. Long, « Mashed Up Videos and Broken Down Copyright: Changing Copyright to Promote the First Amendment Values of Transformative Video », *Oklahoma Law Review*, été 2007.

⁴⁰ La musique du mash-up était exclusivement extraite de l'album des Beatles, et les paroles de celui de Jay-Z.

⁴¹ Paul Ardenne établit une distinction entre le *remake*, réactivation de l'œuvre originale recalée dans le temps, et le *remix* qui est la reprise en main de l'œuvre originale à des fins de réexploitation. V. « L'Art à l'ère de la "segmentarité" », *Parpaings*, n° 11, mars 2000.

⁴² V. Vito Campanelli, *Web Aesthetics : How Digital Media Affect Culture and Society*, Rotterdam : Nai Publishers ; Amsterdam : Institute of Network Cultures 2010 (trad. Francesco Bardo), p 184-230.

⁴³ L'un des plus éminents chercheurs sur la culture remix, Eduardo Navas, a construit une généalogie basée sur une distinction entre trois formes de remix : « extensif » (premier exemple : *Ten Percent*, de Double Exposure, remixé par Walter Gibbons en 1976, avec 10 minutes de plus que la version originale) ; « sélectif » (ex. : *Paid in Full* by Eric B & Rakim, remixé par Coldcut en 1987) ; « réflexif » (plus complexe, car originalité forte dans la nouvelle œuvre, mais qui ne se comprend que par référence : *No Protection* par Mad Professor, remixant *Protection* de Massive Attack en 1994). Eduardo Navas, *Remix Theory: The Aesthetics of Sampling*, New York, Vienne : Springer, 2012.

⁴⁴ Simon Duflo, auditionné par la mission, propose un article sur les fonctionnalités du logiciel : <http://cinemadocumentaire.wordpress.com/2013/02/20/zeega-lautre-outil-de-creation-de-webdocs-idocs-wikidocs-digidocs-etc-mode-demploi>

➤ *Les fanvids, le vidding, le machinima*

Les fanvids, ou fan-vidéos, abréviations de l'anglais « *fan-made music video* » (littéralement : clip musical réalisé par un amateur), remontent, selon la sociologue Francesca Coppa, à 1975, lorsqu'une femme nommée Candy Fong mit bout à bout des images, combinées à des musiques en vogue, à l'occasion de conventions rassemblant des fans de *Star Trek*⁴⁵. Ces vidéos sont le résultat d'une opération de montage d'images animées tirées d'une source cinématographique ou télévisuelle et d'assemblage de ces images à une nouvelle bande-son. En cela, les fan-vidéos s'apparentent, dans leur format, aux bandes-annonces, à la différence près que leur montage est plus rapide que celui de ces dernières, chaque extrait vidéo n'étant généralement retenu que quelques secondes dans la séquence. La piste audio, souvent une chanson pop-rock, est parfois elle-même réarrangée, altérée, modifiée. Le degré de sophistication technique et esthétique est variable, mais souvent assez élevé, au point que la qualité de tels films, pourtant illégaux, a pu être saluée par la critique traditionnelle⁴⁶.

Les objectifs de ce genre de création sont divers et entremêlés, mais la musique sert souvent de truchement interprétatif « pour aider le spectateur à voir les choses de façon différente », créant ainsi une forme d'essai visuel que le professeur Henry Jenkins rapproche davantage de la critique d'art que de la pratique classique du clip musical⁴⁷. Les finalités peuvent être la focalisation sur un personnage ; le contraste parodique entre la bande-son et les images ; la dénonciation critique de l'œuvre originale et de ses présupposés... Le slash est un sous-genre de la fanvid au même titre qu'il en est un de la fan-fiction : il s'agit pour le montage de suggérer une relation homosexuelle entre deux personnages masculins (voir infra). Du point de vue du droit moral comme du droit patrimonial, la fanvid fournit en tout cas, eu égard à ses caractéristiques, « un excellent microcosme des difficultés juridiques que l'art postmoderne est susceptible de rencontrer dans le monde numérique⁴⁸ ».

Il y a quelques années encore, les vidders de fan-vidéos ne souhaitaient pas trop utiliser YouTube, de crainte à la fois de violer les règles du droit d'auteur et de ne pas être compris en dehors de la « fandom⁴⁹ ». Ils utilisaient plutôt Imeem, souvent en y déposant des contenus bloqués par des mots de passe⁵⁰. Mais comme l'a souligné l'un des artistes vidéastes interrogés par la mission, même si un créateur fait le choix, aujourd'hui, de ne pas être sur Youtube (privilégiant son propre site ou une plateforme réputée plus qualitative, comme Vimeo), il y a de fortes chances que ses œuvres s'y retrouvent malgré tout.

Un mot doit encore être dit du machinima. Cette pratique peut être définie comme de la réalisation de films animés dans un environnement 3D en temps réel⁵¹. À l'image du vidding, les origines du machinima remontent aux années 1970 et à la naissance de la culture du *hacking*. L'œuvre cardinale du machinima est sans doute le « *Diary of a Camper* », réalisée en 1996 par une équipe appelée les Rangers et qui utilise le moteur de Quake, un jeu vidéo de tir à la première personne. À la différence de la fanvid, largement dominée par les femmes, le machinima reste considéré comme une forme de création majoritairement masculine⁵².

⁴⁵ Francesca Coppa, « Celebrating Candy Fong : Founder of Fannish Music Video », *In Media Res*, 19 nov. 2007.

⁴⁶ Plusieurs journaux américains ont ainsi loué la qualité des fanvids réalisés sur l'univers de *Star Wars*.

⁴⁷ Henry Jenkins, *Convergence Culture: Where Old and New Media Collide*, New York : New York University Press, 2006, p. 23.

⁴⁸ Sarah Trombley, « Visions and Revisions: Fanvids and Fair Use », *Yeshiva University Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2007/25, p. 647.

⁴⁹ Communauté de fans, voir infra.

⁵⁰ Henry Jenkins, « What happened before YouTube ? », in Jean Burgess, Joshua Green, *YouTube : online video and participatory culture*, Cambridge : Polity, 2009, p. 109-125.

⁵¹ Paul Marino, *3D game-based filmmaking: The art of machinima*, Scottsdale : Paraglyph, 2004, p. 1.

⁵² Robert Jones, From Shooting Monsters to Shooting Movies: Machinima and the Transformative Play of Video Game Fan Culture, in Karen Hellekson, Kristina Busse (dir.), *Fan Fiction and Fan Communities in the Age of the Internet*, Jefferson (NC) : McFarland, 2006, p. 262-263.

➤ La fan-fiction

La fan-fiction (ou bien *fanfic*, *fie*) consiste, de manière générale, à construire des histoires narratives reprenant des personnages, des décors ou des acteurs présents dans la culture populaire, le plus souvent dans les sagas romanesques, les séries télévisées et les films à succès. Les fan-fictions se développent dans une « **fandom** », mot qui désigne l'ensemble des individus cherchant à la fois de l'information et de l'interaction autour d'un centre d'intérêt particulier, qu'il s'agisse d'une œuvre, d'une activité ou d'un individu⁵³. Au sens large, la fan-fiction peut se déployer sous une forme textuelle, par de la vidéo, ou même par des costumes (le *cosplay*).

Le type de fan-fiction le plus couramment évoqué est la fan-fiction littéraire. Cette pratique concerne surtout de jeunes créateurs, ou plutôt de jeunes créatrices, car c'est un univers féminin⁵⁴. La fan-fiction est un genre immense : il en existe par exemple 35 000 relatives à Harry Potter, les « *potterfictions* ». « S'agit-il simplement de la réutilisation de certaines œuvres à succès, [...] ou d'une réutilisation de formats littéraires [...] plus généraux ?⁵⁵ » Est-ce du « braconnage textuel⁵⁶ » ?

La fan-fiction est généralement un genre où les émotions occupent une large part⁵⁷, et l'environnement dématérialisé dans lequel elle se déploie contribue à un type de communication hyperpersonnalisée entre les auteurs et leurs lecteurs : en témoigne l'exemple d'Alixe, rencontrée par la mission, et ses centaines de lecteurs assidus chaque vendredi soir. Cette dernière leur livre sous forme d'épisode une narration qui prend essor autour de l'œuvre de référence, le « canon ». La fan-fiction est indissociable du recueil de commentaires, qui constituent la récompense du créateur, mais surtout le moyen d'une amélioration collaborative du résultat. Parmi les fan-fictions, peut être mentionné le « *slash* » (l'expression vient du signe de ponctuation dans « K/S », c'est-à-dire « Kirk/Spock » dans *Star Trek*) : il consiste à inventer une relation homosexuelle entre deux personnages masculins de l'œuvre première : Starsky et Hutch, Harry Potter et Drago, etc⁵⁸.

Les fan-fictions rencontrent aujourd'hui un succès croissant, y compris auprès du grand public. *Fifty Shades of Grey*, le roman érotique de E. L. James dont les ventes ont dépassé les 80 millions d'exemplaires, fut d'abord une fanfiction : il s'agissait d'une œuvre dérivée de *Twilight*, initialement intitulée *Master of the Universe*. Mais une fois les noms modifiés et la dimension vampirique supprimée, les points communs se résument à la *fandom* : c'est elle qui a permis d'assurer une base de relecteurs et de clients substantielle pour le lancement du roman, d'abord vendu sous forme de livre électronique. Stephenie Meyer, l'auteur de *Twilight*, n'a pas engagé de poursuites, et a même salué cette nouvelle œuvre. Succès commercial de la fan-fiction, mais également succès critique : le roman de Geraldine Brooks, *March*, a ainsi reçu aux États-Unis en 2006 le prix Pulitzer pour la meilleure œuvre de fiction. Or cette œuvre est dérivée des *Quatre filles du Docteur March*, et se caractérise par le choix de réécrire le récit du point de vue du père, qui était le grand absent de l'œuvre initiale de Louisa May Alcott.

La fan-fiction ne date pas d'hier. On peut penser, pour s'en convaincre, au phénomène qui accompagna la sortie de *Jean-Christophe*, de Romain Rolland, autour des années 1910. Mais elle a pris son essor avec l'apparition du premier « fanzine » dédié à cette pratique dans les années 1970 aux

⁵³ Ces définitions sont empruntées à Claudia Rebaza, « The Modern Coterie: Fan Fiction Writers as a Community of Practice », thèse de doctorat, Université de l'Illinois à Urbana-Champaign, 2009, p. 190.

⁵⁴ Kristina Busse, « Fandom and Feminism: Gender and the Politics of Fan Production », *In Focus Editor. Cinema Journal* 48.4, été 2009, p. 104-136 ; Pamela Kalinowski, « The Fairest of Them All: The Creative Interests of Female Fan Fiction Writers and the Fair Use Doctrine », 20 *Wm. & Mary J. Women & L.* 655 (2014), <http://scholarship.law.wm.edu>

⁵⁵ Sébastien François, « Appropriations et transpositions amateurs des mass-médias sur Internet. Deux études de cas : les fan fictions et les vidéos amateurs, évaluation à mi-parcours d'un travail de thèse de doctorat en sociologie », p. 21.

⁵⁶ Henry Jenkins, *Textual Poachers*, *op. cit.* Le titre de Jenkins renvoie à la notion de braconnage intellectuel développée par Michel de Certeau.

⁵⁷ Camille Bacon-Smith, *Enterprising Women: Television Fandom and the Creation of Popular Myth*, Philadelphie (PA) : University of Pennsylvania Press, 1991.

⁵⁸ Henry Jenkins, « "Welcome to Bisexuality, Captain Kirk" : Slash and the Fan-Writing Community », in *Textual poachers*, *op. cit.*, p. 185-222.

États-Unis. En France, la fanfiction à proprement parler date du début des années 2000, où elle est apparue en lien avec le phénomène sociologique déclenchée par la publication d'Harry Potter. Emmanuelle Wielinsky-Debats estime qu'aujourd'hui, seulement 5 % de la fan-fiction est rédigée en français. Les jeunes écrivains français semblent avoir un préjugé qui les rend rétifs à travailler à partir de canons littéraires français, réputés plus dangereux du point de vue des risques juridiques. La plupart d'entre eux se sentent toutefois protégés par l'insertion d'un avertissement liminaire en exergue de leur production (*disclaimer*), et fondent leurs espoirs de licéité sur la gratuité de leur usage des œuvres premières.

➤ *Les utilisations transformatives d'œuvres dans le cadre pédagogique ou scientifique*

La mise à disposition d'outils numériques dans les communautés scientifiques ou pédagogiques autorise l'insertion de nombreux objets numérisés au sein des présentations, papiers, articles susceptibles d'être diffusés. Elle permet également de valoriser l'interaction entre les professeurs et les élèves ou entre les chercheurs pour tisser ensemble un contenu à forte valeur ajoutée. Les possibilités de commentaires, de critiques ou d'explications sont démultipliées par rapport au monde analogique : les ressources sont plus aisées à trouver et à insérer dans un document dont le coût de production est moindre. Les capacités de diffusion augmentent exponentiellement avec internet, permettant de démocratiser le discours scientifique et d'élargir les publics potentiels de nouvelles formes d'apprentissage.

Or, l'historien de l'art qui souhaite diffuser un « MOOC » (cours en ligne massif) peut se retrouver dans une situation délicate au regard du droit d'auteur lorsqu'il utilise à des fins d'illustration de son propos des œuvres protégées. Le périmètre de l'exception à des fins pédagogiques ne recouvre en effet pas ces exploitations ouvertes de manière indéterminée à tous les publics. Il y a là une tension entre le respect des droits des auteurs et les incitations publiques à développer l'*e-learning* et la formation au cours de la vie, qui doit faire l'objet d'une interrogation.

Ces quelques illustrations permettent d'apprécier la diversité mais aussi l'ampleur de ces formes de création facilitées par l'apparition du numérique et des réseaux. Où l'on comprend, également, à l'issue des auditions, que l'intervention de l'individu est plus souvent animée par l'envie d'appartenir à une communauté et d'y être reconnu, que de se poser comme auteur à part entière d'une œuvre radicalement originale. Le phénomène s'inscrit dans la perspective de création d'une œuvre dynamique, ouverte, et en perpétuelle évolution dans laquelle l'auteur s'insère comme un contributeur au sein d'une chaîne d'interventions dont il n'est qu'un maillon. D'un point de vue sémiologique, on peut à cet égard remarquer une asymétrie dans la perception de l'auteur liée à la différence terminologique opérée entre les auteurs « institutionnels », créateur d'œuvres, et les simples « utilisateurs », générant des contenus.

1.2.2. Incertitudes terminologiques

Cette plasticité des usages, leur constante évolution au gré de la disponibilité de nouveaux outils logiciels, rendent particulièrement hardi l'exercice de catégorisation des pratiques et de leur dénomination. Lors des auditions, les personnes entendues n'ont pas dégagé de définition univoque des termes en usage, et les distinctions esquissées par certains ne semblaient pas faire l'objet d'un consensus suffisant. Ainsi, l'idée maîtresse de transformation se décline selon plusieurs acceptions dont il n'est pas sûr qu'elles se recoupent nécessairement.

1.2.1.1. Œuvre transformative, création transformative, usage transformatif

Ni chez les artistes, ni chez les juristes, le mot « transformatif » n'est familier des oreilles francophones. Interrogées dès la première question du questionnaire sur le sens de la notion, les personnes ayant répondu ont souvent souligné le caractère inusité de l'expression – tant dans la pratique artistique que dans le vocabulaire juridique. L'un des artistes auditionnés, pratiquant le mash-up vidéo, a ainsi souligné qu'il n'avait jamais entendu le mot *transformatif* : « Chez les artistes, on parle plutôt de “remix”, de re-composition ». Le sentiment général à l'égard de ce mot est une certaine circonspection : cela s'explique sans doute en partie par l'usage sémantique inédit qu'en font les discours émergents sur la question, en particulier pour ce qui concerne l'expression « œuvre transformative ». Jusque-là, n'étaient en effet attestés en français que les sens dynamiques de l'adjectif, désignant tantôt ce qui a la puissance de transformer, tantôt ce qui a la capacité latente d'être transformé⁵⁹. Une œuvre transformative, dans sa nouvelle acception, semble être autre chose : c'est celle qui résulte d'une transformation.

« Œuvre transformative » ne convainc pas tous les acteurs. Il semble, comme l'a souligné la réalisatrice Gwenola Wagon, que l'on ait affaire à un « oxymore, parce que l'œuvre suppose quelque chose d'achevé ». La juriste Mélanie Clément-Fontaine ne dit pas autre chose : l'emploi du mot œuvre est gênant car il suppose un produit, un résultat créatif. Pour embrasser des pratiques qui ne se traduiraient pas nécessairement par un tel résultat, plusieurs personnes préfèrent ainsi parler d'« usage transformatif » ou de « création transformative ». Force est de reconnaître, toutefois, que cette dernière expression ne semble guère attestée au-delà du rapport Lescure et de la présente mission. Si certains voient dans le champ lexical de la transformation quelque chose d'« assez juste », qui « fait penser à la chimie, à l'oxydo-réduction », d'autres créateurs demeurent gênés par l'usage de l'adjectif « transformatif » : soit que leur travail consiste précisément à apporter une recomposition sans modifier la source, en gardant intact le matériau primaire ; soit, encore, que l'adjonction à laquelle ils procèdent, en matière de fan-fiction en particulier, n'ait pas pour objet de transformer l'œuvre de départ, mais plutôt de la prolonger ; soit, enfin, qu'ils se refusent, comme le compositeur Wally Badarou, à parler d'œuvre transformative, puisque cette catégorie « n'existe pas », toutes les œuvres ayant toujours été transformatives. On peut signaler que l'initiative Copie-Copains-Club, plateforme lancée récemment par plusieurs artistes dont Caroline Delieutraz, auditionnée, pour recueillir diverses formes de détournements, a repris dans ses conditions communautaires la nécessité pour les « copies » mises en ligne sur le site d'être des réinterprétations des originaux : il faut, selon les concepteurs de ce projet, qu'il y ait « un ajout, ne serait-ce qu'un changement de contexte ».

Il s'agit, en vérité, d'une notion traduite de l'anglais, importée du droit américain. La « transformativité » constitue en effet l'un des critères dégagés par la jurisprudence pour caractériser un cas de *fair use* ou encore d'usage loyal en droit américain⁶⁰. Rares sont les personnes interrogées par la mission qui étaient conscientes de ce lien entre la notion de transformation et l'exemption du droit d'auteur outre-Atlantique. Ainsi que cela a été relevé dans les discussions, une association de promotion des « œuvres transformatives » existe pourtant aux États-Unis, l'*Organization for Transformative Works*⁶¹. Toutefois, la notion manque encore de précision et fait appel à un corpus juridique fort différent du droit français.

⁵⁹ V. le Trésor de la langue française informatisé, à l'adresse : <http://www.cnrtl.fr/definition/transformatif>

⁶⁰ V. not. Michael D. Murray, « What is transformative ? An explanatory synthesis of the convergence of transformation and predominant purpose in copyright *fair use* law », *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, 260, Spring 2012.

⁶¹ Cette organisation est née en 2007 dans le cadre de débats de plus en plus forts autour de la monétisation, par les revenus de la publicité, d'un échange libre et gratuits de dons culturels. Inspirée des mêmes principes que le Manifeste Geek (The Geek Community, « The Geek Community Manifesto », *Headphone Sacrement*, 2008), sa mission consiste à « œuvrer vers un futur dans lequel toutes les œuvres fan (*fannish works*) sont reconnues comme légales et transformatives, et acceptées comme une activité créative légitime ». Concrètement, l'association développe des sites alternatifs pour une distribution non-marchande des contenus et pour organiser la défense intellectuelle et juridique des pratiques transformatives (y compris en publiant une revue académique, baptisée *Transformative Works and Cultures*).

➤ *Le test de « transformativité » dans le cadre du fair use aux Etats-Unis*

Instrument de qualification juridique d'un maniement particulièrement délicat, la transformativité constitue depuis quelques années une préoccupation majeure de la doctrine américaine en matière de copyright⁶². Contrairement au droit français qui connaît un système fermé d'exceptions légales d'interprétation strict, le paragraphe 107⁶³ de la loi sur le copyright américain met en place un mécanisme de dérogation au droit exclusif fondé sur une appréciation souple des conditions d'usage de l'œuvre articulée autour de quatre critères. Si aucun ne vise expressément la transformation, la jurisprudence a interprété la première condition relative à l'objectif et à la nature de l'usage comme permettant d'exempter d'autorisation les œuvres transformatives ou hautement transformatives.

De cette jurisprudence, il ressort que la mise en œuvre du « test de transformativité » consiste à cerner, dans un premier temps, le contenu, le contexte et le but principal de l'œuvre première, afin de déterminer, en second lieu, si l'usage loyal allégué modifie ces paramètres d'une manière qui, conformément aux texte de loi de 2011 sur lequel s'appuie ce régime juridique (17 U.S.C. § 107), « fasse progresser les arts ainsi que la promotion de la création d'une expression nouvelle et originale ». La Cour suprême a eu plusieurs fois l'occasion de définir l'œuvre transformative comme une œuvre qui « ajoute quelque chose de neuf, qui a une finalité distincte ou un caractère différent et qui modifie la première par un nouvel apport en termes d'expression, de sens ou de message⁶⁴ ».

La transformation ne réside pas nécessairement, pour les juges américains, dans la modification physique de la forme ou du contenu intrinsèque de l'œuvre première. Des cours d'appel ont ainsi pu juger que la simple recontextualisation pouvait faire œuvre de transformation⁶⁵. « Même réaliser une exacte copie de l'œuvre peut être un acte transformatif dès lors que la copie remplit une fonction différente de l'original ». C'est ainsi qu'un moteur de recherche, par exemple, parce qu'il place les images dans « un contexte différent », peut être considéré comme mettant en œuvre un usage transformatif bénéficiant de l'exonération pour usage loyal⁶⁶. On voit ici que le critère est parfois difficile à appréhender lorsque l'œuvre d'origine n'est à proprement parler pas modifiée dans son intégrité mais que l'usage qui en est fait transforme sa perception par le public.

La ligne de démarcation demeure cependant particulièrement ténue : lorsque les juridictions estiment que celui qui se prévaut de la transformation « n'a rien fait de plus que de trouver une nouvelle manière d'exploiter les qualités créatives (*creative virtues*) de l'original », alors la qualification d'usage loyal sera refusée⁶⁷.

⁶² V. Christopher M. Newman, « Transformation in Property and Copyright », *Villanova University Villanova Law Review*, 2011, 251 ; Matthew Sag, « Predicting Fair Use: An Empirical Study of Copyright's Fair Use Doctrine », disponible à l'adresse suivante : http://works.bepress.com/matthew_sag/10, and at <http://ssrn.com/abstract=1769130>, ou encore Neil Weinstock Netanel, « Making Sense of Fair Use », 15, *Lewis & Clark Law Review*, 715, 2011, également disponible à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=1874778>.

⁶³ « Section 107 Limitations des droits exclusifs : usage loyal (*fair use*)

Nonobstant les dispositions des sections 106 et 106A, l'usage loyal d'une œuvre protégée, y compris des usages tels la reproduction par copie, l'enregistrement audiovisuel ou quelque autre moyen prévu par cette section, à des fins telles que la critique, le commentaire, l'information journalistique, l'enseignement (y compris des copies multiples à destination d'une classe), les études universitaires et la recherche, ne constitue pas une violation des droits d'auteurs. Pour déterminer si l'usage particulier qui serait fait d'une œuvre constitue un usage loyal, les éléments à considérer comprendront :

- (1) L'objectif et la nature de l'usage, notamment s'il est de nature commerciale ou éducative et sans but lucratif ;
- (2) la nature de l'œuvre protégée ;
- (3) la quantité et l'importance de la partie utilisée en rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ;
- (4) les conséquences de cet usage sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée.

Le fait qu'une œuvre ne soit pas publiée ne constitue pas en soi un obstacle à ce que son usage soit loyal s'il apparaît tel au vu de l'ensemble des critères précédents. »

⁶⁴ Décision Campbell, 510 U.S. (1994), point 579. Cette décision porte sur un groupe de rap qui avait ajouté un nouveau style musical et de nouvelle parole à la fameuse chanson *Pretty Women*, protégée par le droit d'auteur, et créé une nouvelle composition originale avec un sens nouveau.

⁶⁵ Cour d'appel fédérale du 9^e circuit, 2006, *Perfect 10*, 508 F.3d, point 1165 ; *Wall Data Inc. v. L.A. County Sheriff's Department*, 447 F.3d 769, 778.

⁶⁶ *Perfect 10*, décision citée, point 1165.

⁶⁷ *Blanch*, 467 F.3d 244. Dans cette affaire, l'artiste avait intégré une image photographique protégée d'un magazine de mode dans l'une de ses peintures, en la combinant avec d'autres images, notamment des chutes du Niagara et de hamburgers, pour créer une nouvelle expressions concernant les pulsions de la société contemporain. La Cour a estimé que « *fair use doctrine* "mediates between" "the property rights [copyright law] established in creative works, which must be protected up to a point, and the ability of authors, artists, and the rest of us to express them or ourselves by reference to the works of others, which must be protected up to a point." *Blanch*, 467 F.3d at 250.

La plasticité de l'appréciation conduit à des solutions peu prévisibles, ainsi que l'a récemment montré aux États-Unis l'affaire Google Books⁶⁸, dans laquelle le juge Chin, après avoir rejeté dans un premier temps la demande d'homologation des accords passés entre Google et certains éditeurs pour réaliser son service, a finalement considéré que la mise à disposition des extraits numérisés des livres relevait du *fair use* en s'appuyant sur le caractère transformatif du service. La doctrine américaine est à cet égard partagée sur la possible extension du *fair use* au simple usage transformatif qui conduirait à l'impossibilité pour le titulaire de droit de « préempter » le marché secondaire des exploitations au bénéfice des entreprises présentant des services innovants. Elle souligne également la difficulté de concilier une appréciation large de l'usage loyal transformatif avec l'existence d'un monopole sur les œuvres dérivées prévu au paragraphe 106.

Le débat de société est également vif à propos de l'affaire *Richard Prince*⁶⁹ qui oppose la communauté des photographes favorables à la position de Patrick Cariou⁷⁰ dont l'image a été reprise et détournée sans son autorisation et la position des galeries. Alors qu'en première instance le juge Batts avait donné raison au photographe⁷¹, la cour d'appel a considéré que la composition, la présentation, l'échelle, la palette de couleurs et le media utilisés par Richard Prince étaient fondamentalement différents et nouveaux de ceux des photographies d'origine. Pour les juges du Second Circuit, il suffisait que l'œuvre nouvelle puisse être raisonnablement perçue comme transformative, l'intention manifestée par l'auteur second qui avait déclaré n'avoir pas voulu créer quelque chose avec une nouvelle signification ou un nouveau message étant à cet égard dépourvue de pertinence⁷². Selon ce critère, elle a retenu que la plupart des œuvres de Richard Prince avaient un caractère différent et employaient une nouvelle esthétique avec des résultats différents de ceux produits par l'œuvre d'origine, en termes de création et de communication. En revanche, pour cinq œuvres, elle a estimé que la modification avait été si minime qu'elles ne pouvaient pas être considérées comme relevant du *fair use*. La cour a estimé qu'elle ne se préoccupait pas de savoir si « l'usage secondaire supprime ou même détruit le marché de l'œuvre originale ou des dérivées potentielles, mais si l'usage secondaire usurpe le marché de l'œuvre. Le marché pour les usages dérivatifs potentiels inclut seulement ceux que les créateurs de l'œuvre original pourraient en général développer par eux-mêmes ou par le truchement de licences.⁷³ »

Toutefois, une décision rendue par le septième circuit dans une affaire *Kienitz v. Sconnie Nation* jugée le 15 septembre 2014, la Cour a contesté l'approche retenue par le second circuit dans l'affaire *Richard Prince* et par d'autres décisions similaires en ce que retenir la simple condition de caractère transformatif pour conclure à l'existence d'un *fair use* non seulement méconnaît la liste des quatre critères du paragraphe 107 mais entre en conflit avec la protection des œuvres dérivées accordée par le paragraphe 106 de l'article 17 USC⁷⁴. A rebours de la décision *Richard Prince*, le 7^{ème} circuit considère tout au contraire nécessaire de porter une attention particulière au quatrième critère de la substitution sur le marché.

⁶⁸ *The Authors' Guild, Inc. v. Google Inc.*, 05 Civ. 8136 (DC) (S.D.N.Y. Nov. 14, 2013)

⁶⁹ US. 2nd Cir. 25 April 2013, *P. Cariou v. Richard Prince and Gagosian Gallery*.

⁷⁰ Patricia Cohen, Photographers Band Together to Protect Work in 'Fair Use' Cases, Feb. 21, 2014 http://www.nytimes.com/2014/02/22/arts/design/photographers-band-together-to-protect-work-in-fair-use-cases.html?_r=0

⁷¹ *Cariou v. Prince*, 784 F. Supp. 2d 337, 349 (S.D.N.Y. 2011) : le juge avait retenu un critère, selon lequel, pour jouir du *fair use*, l'œuvre de Prince doit « comment on Cariou, on Cariou's Photos, or on aspects of popular culture closely associated with Cariou or the Photos. »

⁷² « However, the fact that Prince did not provide those sorts of explanations in his deposition – which might have lent strong support to his defense – is not dispositive. What is critical is how the work in question appears to the reasonable observer, not simply what an artist might say about a particular piece or body of work. Prince's work could be transformative even without commenting on Cariou's work or on culture, and even without Prince's stated intention to do so. Rather than confining our inquiry to Prince's explanations of his artworks, we instead examine how the artworks may "reasonably be perceived" in order to assess their transformative nature. » 10 Campbell, 510 U.S. at 582 ; cf. *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109, 113-14 (2d Cir. 1998).

⁷³ *Blanch*, 467 F.3d at 258 ; *NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471, 481-82 (2d Cir. 2004) ; . "The market for potential derivative uses includes only those that creators of original works would in general develop or license others to develop." *Campbell*, 510 U.S. at 592.

⁷⁴ US. 7th Circuit, 15 September 2014, *Kieitz v. Sconnie Nation LCC et Underground printing-Wisconsin*, n° 13-3004 ; « We're skeptical of Cariou's approach, because asking exclusively whether something is « transformative » not only replaces the list in § 107 but also could override 17 U.S.C. § 106, which protects derivative works. » Merci à Jane Ginsburg pour la communication de cette décision.

1.2.1.2. Les UGC

UGC. Plus courant que le vocable d'œuvre transformative, celui de « contenus générés par les utilisateurs » est connu de la plupart des personnes interrogées. Les contours de cette locution, traduite là encore littéralement de l'anglais où elle est apparue dans les années 1990⁷⁵ (*user-generated contents*, UGC) ne sont guère plus nets que ceux de la transformativité⁷⁶. D'abord, plusieurs formes de l'expression coexistent : « contenus créés par l'utilisateur », « contenu amateur », « contenu participatif ». Ici l'accent est mis sur la personne à l'origine du contenu plutôt que sur la réalisation opérée. Ainsi, la catégorie semble à la fois plus vaste et plus restreinte que celle d'œuvre ou de création transformative. Plus vaste, car elle comprend des contenus qui ne sont en rien des œuvres et/ou qui n'apportent aucune modification de l'existant : un contenu généré par l'utilisateur peut potentiellement être une simple copie servile d'une œuvre première, mise à disposition par un internaute. Plus restreinte, en ce que la transformation n'a pas vocation à être réduite aux seuls « utilisateurs », envisagés comme des amateurs mais comprend également les créations réalisées par des auteurs revendiquant pleinement ce statut.

Un rapport réalisé par l'OCDE en 2007 identifie trois caractéristiques des UGC : la mise à disposition publique ; un certain effort créatif ; la conception hors des habitudes et des pratiques professionnelles⁷⁷. Certains contestent la nécessité d'un effort créatif pour parler d'UGC, mais réservent néanmoins le qualificatif aux contenus véritablement « générés », ce qui ne serait pas le cas, selon eux, de ceux dont seul le format informatique aurait été changé⁷⁸.

Cependant, pour peu qu'on puisse affiner le concept, des chevauchements sont envisageables. Ainsi, dans son rapport commandé sur la question par la Commission européenne, Jean-Paul Triaille décide de restreindre le champ de la réflexion aux cas dans lesquels « une œuvre pré-existante est prise par un utilisateur comme point de départ de sa propre expression », celle-ci modifiant l'œuvre « d'une façon ou d'une autre » et aboutissant à la mise en ligne du résultat⁷⁹. La caractéristique commune des sites internet fonctionnant sur le principe de l'UGC est de « bâtir un modèle économique autour de contenus et parfois mêmes d'outils essentiellement produits par les internautes », ce procédé garantissant « une plus grande fidélité des utilisateurs, d'autant plus attachés au site qu'ils ont contribué à son contenu⁸⁰ ». En tout état de cause, si les concepts de création transformative et d'UGC ne sont pas complètement superposables, l'actualité du sujet tient beaucoup à l'explosion de ces pratiques des amateurs sur le réseau internet.

Là encore, la nouveauté n'est qu'apparente, et vraisemblablement affaire de degré. « Contrairement à une idée répandue, la redéfinition du rôle du public en tant que récepteur "actif" et "productif" ne date pas de l'invention du web.⁸¹ » Mais la locution renvoie expressément à l'univers numérique, et en particulier au web dit « 2.0 ». Il est ressorti des auditions menées par la mission que les accords passés

⁷⁵ La locution s'est progressivement figée aux Etats-Unis à la faveur de l'apparition et de la généralisation du web 2.0. V. not. Dan Blankenhorn, « Judge :Prodigy is liable for use-generated content », *Interactive Age*, 5 juin 1995, Vol. 2 n° 16, p. 35 ; Nancy Rhine, Cliff Figall, Tapping the grapevine : user-generated content, *EContent*, 2001, vol. 24, n° 3, pp. 38-43.

⁷⁶ Elvira García-De-Torres, « Contenido generado por el usuario : aproximación al estado de la cuestión », *El Profesional de la Información*, nov-déc. 2010, vol. 19, n° 6, pp. 585-594.

⁷⁷ Sacha Wunsch-Vincent, Graham Vickery, *Participative web. User-created content, working party on the information economy*, OCDE, Direction de la science, de la technologie et de l'industrie, Committee, 2007.

⁷⁸ Rapport De Wolf, rapport cité, p. 454.

⁷⁹ Rapport De Wolf, *op.cit.*, p. 452 : « UGC (and what we will deal with in our Study) are cases where a pre-existing work is taken by a user as a starting point for his/her own expression. It means that we limit the examination to the situations where there is a pre-existing work and where such work will be modified in one way or another to then be made available online ».

⁸⁰ Thomas Stenger et Alexandre Coutant, « Les réseaux sociaux numériques : des discours de promotion à la définition d'un objet et d'une méthodologie de recherche », *Hermès - Journal of Language and Communication Studies*, n°44, 2010.

⁸¹ Nathalie Casemajor Loustau, « La contribution triviale des amateurs sur le Web : quelle efficacité documentaire ? », *Études de communication* 1/ 2011 (n° 36), p. 41.

entre les plateformes de diffusion et les sociétés d'ayants droits se réfèrent spécifiquement à cette notion d'UGC, soit pour les exclure du champ des accords contractuels, soit pour les y intégrer.

Le désintéressement. La plupart des UGC semblent se caractériser, chez les auteurs qui ont tenté de les définir, par leur désintéressement pécuniaire, au moins dans leur processus de production initial⁸². Le caractère non-commercial de ces usages est souvent avancé pour réclamer un desserrement de la contrainte juridique (voir *infra*). Les représentants de société de gestion collective entendus par la mission relèvent toutefois que, quelles que soient les motivations de ceux qui réalisent un UGC, « quelqu'un gagne toujours de l'argent », plateforme de diffusion ou même moteur de recherche.

Choix du rapport. Dans la mesure où les rédacteurs de ce rapport ont entendu ne pas se limiter au seul phénomène des UGC, tout en maintenant l'attention sur l'enjeu juridique de la reprise d'une œuvre relevant de la protection du droit d'auteur dans une réalisation seconde, il n'est pas apparu opportun faire sienne une assimilation entre « création transformatrice » et UGC. L'objet de la présente réflexion n'est en effet pas de présenter une solution pour les seuls contenus postés par les internautes sur le réseau sans l'autorisation préalable des ayants droit éventuels sur ce contenu, mais de resituer cet usage dans le cadre d'une perspective plus vaste de la réutilisation. Il convient toutefois de prendre en considération, dans les solutions qui pourraient être proposées, cette dimension particulière de la question qui, pour des raisons à la fois économiques et sociologiques, apparaît essentielle.

Pour les besoins du présent rapport, on a préféré retenir le vocable de « création transformatrice », afin de marquer le processus de transformation et celui d'œuvre transformatrice lorsqu'on vise le résultat de ce processus. Les termes « usage transformatif » seront réservés à une situation dans laquelle l'œuvre demeure identique mais est employée dans le cadre d'un service modifiant sensiblement la perception de cette dernière.

1.3. Les enjeux économiques

L'encadrement juridique des créations transformatrices ne peut être dissocié des enjeux économiques qu'elles cristallisent. Sur le plan économique, le web 2.0.⁸³ a « fait basculer d'un modèle distributeur à un modèle issu de l'économie des réseaux, fondé non sur le contrôle de l'accès mais sur l'abondance des ressources disponibles et l'extension du nombre des utilisateurs⁸⁴ ». Les personnes auditionnées par la mission se rejoignent dans le constat d'un changement radical de l'économie de la culture dans le cadre du web participatif : désormais, les revenus de la culture sont dégagés pour une large part en dehors d'une transaction directe entre le prestataire et le consommateur. Par ailleurs, les motivations à la création et à la diffusion des contenus ne se limitent pas à la contrepartie éventuelle que peut fournir l'économie classique du droit d'auteur (professionnalisation, rémunération directe en royalties). La création s'inscrit dans une démarche à la fois plus spontanée et plus contributive.

C'est dans ce contexte particulier que se pose la question de la « répartition de la valeur⁸⁵ » qui est l'une des préoccupations majeures des acteurs de la culture dans le monde numérique. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité en matière de créations transformatrices que quelques géants

⁸² J. Kim, « The institutionalization of YouTube: From user-generated content to professionally generated content. », *Media, Culture & Society*, 34(1), 2012, pp. 53-67.

⁸³ Si elle est rarement définie avec précision, l'expression « web 2.0 » renvoie à une série de caractéristiques partagées par des applications en ligne « participatives » qui se distinguent des portails internet classiques. Parmi ces traits communs, on trouve l'accent mis sur l'intelligence collective, l'importance des bases de données (*data* en anglais) ou encore le « bêta perpétuel », c'est-à-dire le développement permanent du logiciel concerné. Voir John Musser, *Web 2.0: Principles and best practices*, Sebastopol (CA) : O'Reilly Radar, 2007.

⁸⁴ CSPLA, *Rapport de la commission spécialisée sur les prestataires de l'internet*, 2008, p. 9.

⁸⁵ Compte tenu de la spécificité de la production des œuvres et des biens culturels, les locutions « répartition de la valeur » ou « partage de la valeur » semblent préférées, en matière d'économie culturelle, au « partage de la valeur ajoutée ». Voir notamment l'engagement 8 des « 13 engagements pour la musique en ligne » signé en janvier 2011 à l'issue de la mission confiée le 15 février 2010 à Emmanuel Hoog par le ministre de la Culture.

économiques captent aujourd'hui l'essentiel des revenus associés à la consommation de biens culturels sur internet sans, le plus souvent, être à l'origine de la démarche créative.

1.3.1. La gratuité

La gratuité pour l'utilisateur est aujourd'hui au cœur de l'économie numérique⁸⁶. Si de l'avis général, en matière de consommation culturelle sur internet, « le gratuit prévaut largement sur le payant⁸⁷ », la gratuité est tout sauf simple à appréhender : comme le rappelle Jean-Noël Jeanneney, « heureuse ou périlleuse, féconde ou stérilisante, légitime ou induue », cette question se refuse « à toutes les simplifications péremptoires, qu'elles soient irréflechies ou intéressées⁸⁸ ». Force est néanmoins de reconnaître que de nombreuses entreprises de la toile ont développé des modèles de création de valeur à partir d'une mise à disposition de leurs services « sans contrepartie monétaire directe⁸⁹ » de la part des utilisateurs. Devant le succès financier de certains de ces prestataires, nombre d'acteurs de l'économie numérique partagent l'opinion selon laquelle « aujourd'hui, les modèles économiques les plus intéressants sont ceux qui trouvent comment faire de l'argent autour du gratuit⁹⁰ ». Du point de vue des entreprises, on distingue essentiellement trois modèles d'affaires ; le modèle de valorisation des biens et services complémentaires ; le modèle de valorisation indirecte de l'audience ; la valorisation des externalités de réseaux directes. Du point de vue des individus, « le succès du modèle gratuit s'explique d'abord par la difficulté de valoriser individuellement et directement les biens et services numériques, mais également par les motivations intrinsèques des internautes à contribuer volontairement à la fourniture de ces biens et services (sans rémunération directe) et par le rôle des communautés pour coordonner et pérenniser ces contributions individuelles.⁹¹ »

On peut distinguer plusieurs types de modèles économiques fondés sur cette gratuité apparente⁹². Ils ont ceci de commun qu'ils conjuguent le plus souvent des relations commerciales et non-commerciales. Au premier chef, on peut songer à la vente d'espaces publicitaires, qui ne se réduit plus au « *pay-per-click* » (l'annonceur rémunérant le site hébergeant sa publicité au nombre de clics réalisés sur sa bannière publicitaire), mais s'étend désormais à d'autres types de contrats, qui se cumulent bien souvent (le « *pay-per-post* », le « *pay-per-action* » ou encore le « *pay-per-connection* »⁹³). Ensuite, de nombreux sites web 2.0 proposent deux catégories de services, certains payants (souvent dits « premiums »), d'autres gratuits : la marge réalisée sur le service payant finance la gratuité offerte aux utilisateurs ordinaires (LinkedIn, Picasa, Flickr, Craigslist). Une troisième option consiste à proposer un service gratuit en échange d'un travail fourni par l'utilisateur, soit qu'il s'agisse d'un acte de contribution consciente, comme pour les votes sur un agrégateur d'information, soit que le seul usage du service génère des données suffisamment valorisables pour l'entreprise, compensant les coûts de développement et de gestion de l'application⁹⁴. Il est remarquable de noter

⁸⁶ *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, sous la dir. N. Martial-Braz et C. Zolynski, Droit et Economie, LGDJ, 2013 et plus particulièrement, Godefroy DangNguyen, Sylvain Dejean, Thierry Pénard, « Gratuité sur Internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires », p. 91 et suiv. ; T. Azzi, « La gratuité en droit d'auteur », p. 239 et suiv.

⁸⁷ Hadopi, département Recherche, Études et Veille, « Qualification et quantification des contenus – YouTube », rapport, 19 mars 2013, p.2

⁸⁸ Jean-Noël Jeanneney, « La culture gratuite ? Illusions et hypocrisies », *Le Débat*, 2007/4 n° 146, pp. 166-167.

⁸⁹ V. pour une définition de la gratuité, Didier Demazière, François Horn, Marc Zune, « Les mondes de la gratuité à l'ère du numérique : une convergence problématique sur les logiciels libres », *Revue Française de Socio-Économie*, 2008/1 n° 1, p. 48.

⁹⁰ Chris Anderson, *Free ! Entrez dans l'économie du gratuit*, Paris : Pearson Education France, 2009, p. 15.

⁹¹ Godefroy DangNguyen, Sylvain Dejean, Thierry Pénard, « Gratuité sur Internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires », p. 93.

⁹² Jose Luis Marín de la Iglesia, Jose Emilio Labra Gayo, « Doing business by selling free services », in Miltiadis D. Lytras, Ernesto Damiani, Patricia Ordóñez de Pablos (dir.), *Web 2.0. The Business Model*, New York (NY): Springer, 2009.

⁹³ Sur ces questions, voir notamment CSPLA, *Rapport de la commission spécialisée sur les prestataires de l'internet*, 2008, pp. 12-13.

⁹⁴ On peut ainsi penser au site « GOOG-411 » opéré par Google entre 2007 et 2010, qui proposait gratuitement des renseignements téléphoniques locaux aux utilisateurs américains grâce à un système de reconnaissance vocale : les données

qu'aujourd'hui, certaines plateformes 2.0, comme YouTube, cumulent les différents modèles économiques qui viennent d'être évoqués.

Le modèle du don et du contre-don. Dans une perspective proche du potlatch décrit par Mauss, doit également être mentionnée une série de modèles reposant sur le don : les utilisateurs acceptent d'apporter leur contribution bénévole, en temps, en travail et parfois en argent, à condition que le service soit gratuit et que ses objectifs soient perçus comme non lucratifs (Wikipedia)⁹⁵. L'intention libérale est le principal moteur des contributeurs qui attendent essentiellement en retour la récompense symbolique d'une reconnaissance de leur apport à la construction d'un savoir collectif. L'appartenance à la communauté ainsi que le gain intellectuel espéré par le mimétisme des comportements altruistes constituent de forts éléments d'attraction pour ce type de modèle.

Wikipédia

Qui mieux que Wikipédia peut définir ce qu'est Wikipédia⁹⁶ ? En se reportant à la définition qu'il fournit sur lui-même, le site énonce que **Wikipédia** est un projet d'encyclopédie universelle, multilingue (287 langues à la mi-2013), créée par Jimmy Wales et Larry Sanger le 15 janvier 2001 en wiki sous le nom de domaine wikipedia.org. Le wiki est hébergé sur Internet grâce aux serveurs financés par la Wikimedia Foundation, organisation à but non lucratif américaine et dépositaire de la marque Wikipédia.

Wikipédia a pour slogan : « Le projet d'encyclopédie librement distribuable que chacun peut améliorer ». Ce projet est décrit par son cofondateur Jimmy Wales comme « un effort pour créer et distribuer une encyclopédie libre de la meilleure qualité possible à chaque personne sur la planète dans sa propre langue ». Wikipédia est disponible sous licence libre (CC-BY-SA), ce qui signifie que chacun est libre de la recopier, de la modifier, et de la redistribuer gratuitement et à titre onéreux.

Wikipédia est réalisée de manière collaborative sur Internet. Le système wiki de Wikipédia permet la création et la modification immédiates des pages par tous les visiteurs, même sans inscription. Wikipédia fut la première encyclopédie généraliste à ouvrir, grâce à ce système, l'édition de ses articles à tous les internautes. Aucun article n'est considéré comme achevé, et Wikipédia se présente comme un projet en amélioration continue. La constante surveillance des modifications est également ouverte à tous à travers le système wiki. Il n'y a aucun système hiérarchique de validation ; aussi l'encyclopédie est-elle l'objet de nombreuses incompréhensions et critiques quant à la qualité et à la fiabilité de son contenu, et l'objet d'études sur sa fiabilité en anglais, la langue la plus développée.

Au 6 avril 2014, le nombre total d'articles de l'ensemble des éditions de Wikipédia était de 31 214 669. Pour sa version en langue anglaise, on comptait 21 083 593 utilisateurs inscrits pour 32 603 026 pages, tandis que la version française totalisait 1 792 746 utilisateurs pour 6 409 066 pages.

Sur internet, la gratuité est souvent associée à une notion de liberté⁹⁷ et de réciprocité. Plusieurs personnes auditionnées par la mission ont rappelé qu'en anglais, les notions de gratuité et de liberté partagent un seul et même adjectif, « *free* ». Certains spécialistes des usages numériques amateurs comparent d'ailleurs les modèles gratuits de créativité culturelle au partage communautaire d'idées et de structures narratives qui prévalait avant l'apparition du droit de la propriété intellectuelle. La liberté apparaît pourtant difficile à cerner dans le monde de la création numérique où sont parfois confondus, du fait de la facilité d'accès, la liberté d'usage consentie par les titulaires, y compris dans des systèmes communautaires tels que les licences Creative Commons et l'usage illégitime rendu possible par la disponibilité technique de l'œuvre sur internet⁹⁸. Par ailleurs, les comportements collaboratifs sans contrepartie immédiate se développent en raison de la propension des pairs à recevoir et apprécier le

phoniques, en particulier celles relatives à la prononciation des lieux concernés, constituait pour Google un apport essentiel dans le développement de ses technologies dans ce secteur.

⁹⁵ Ce dernier modèle est à relier, en matière culturelle, avec la conception selon laquelle la création artistique doit nécessairement passer par le don, qui lui-même est un geste qui fait œuvre, à la différence de la transaction commerciale. V. not. Lewis Hyde, *The Gift : Imagination and the Erotic Life of Property*, New York (NY): Random House, 1983, p. 61 et s.

⁹⁶ <http://fr.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>

⁹⁷ Voir pour un ouvrage collectif en forme de manifeste, O. Blondeau (dir.), *Libres enfants du savoir numérique*, ed. de l'Eclat, 2000.

⁹⁸ Alexis Lothian, *Living in a Den of Thieves : Fan Video and Digital Challenges to Ownership*, *Cinema Journal*, 48, n° 4, été 2009, pp. 130-136.

don mais aussi à le restituer sous une forme ou sous une autre : liens pointant vers le site, commentaires, améliorations, fourniture de connaissances ou d'informations complétant ou enrichissant la contribution originelle⁹⁹.

En effet, les processus de transformation créative trouvent un terrain d'élection dans les systèmes communautaires reposant sur des mécanismes de licences libres ou ouvertes. Inspirées du monde du logiciel dans lequel la création se réalise de manière incrémentale, ces licences autorisent un chaînage des interventions à partir d'un noyau de création, permettant à chaque participant de décliner l'existant et d'ajouter sa pierre à l'édifice, éventuellement dans une perspective d'exploitation. Creative commons, GPLL, LGPL, Art Libre : la diversité des licences a déjà fait l'objet d'une étude au sein du CSPLA et il n'est pas question d'y revenir ici¹⁰⁰. Toutefois, il importe de souligner que cette structuration juridique s'avère particulièrement adéquate pour assurer l'articulation des relations entre les différents auteurs, comme en atteste le faible degré de contentieux. Le succès de l'entreprise repose autant sur l'acceptation d'une règle par une communauté que par le libellé même de la licence.

Le désintéressement a une incidence sur le processus créatif lui-même. Lorsque des productions initialement non-commerciales sont susceptibles d'être rémunérées (comme dans le cadre du système de partages de revenus proposé par YouTube), cela peut avoir pour effet, en évinçant les motivations de la création autres que la seule perspective de cette rétribution, de réduire le niveau général de créativité des acteurs¹⁰¹. Des études sociologiques ont montré, de longue date, que la perception qu'ont les auteurs de leur geste créatif, purement désintéressé ou potentiellement rémunérateur, influence le contenu de leur création : ainsi, les possibilités de partages de revenus proposés par les plateformes recueillant les UGC ont une incidence sur les contenus eux-mêmes¹⁰². En d'autres termes, la joie de partager un contenu avec d'autres n'a pas le même effet, sur l'entreprise et le résultat créatifs, que la perspective d'en tirer un revenu.

La gratuité pour l'utilisateur et le désintéressement de certains protagonistes brouillent les frontières entre le commercial et le non-commercial. Au cours des auditions menées par la mission, les acteurs ont été nombreux, surtout parmi les ayants droits, à faire part de leur circonspection quant à l'opportunité de donner des effets juridiques à un tel critère¹⁰³, notamment au regard de l'existence de modèles d'affaires commerciaux reposant sur la gratuité du service délivré à l'utilisateur final. La Quadrature du Net défend toutefois l'idée selon laquelle, malgré le caractère commercial des modèles économiques fondés sur la gratuité d'accès aux contenus, il existerait des occurrences où la démarche de mise à disposition serait entièrement non-commerciale (sur des blogs par exemple). A l'opposé de ce que soutiennent certains représentants des ayants droits, pour lesquels même les blogs dépourvus de publicité s'inscrivent dans une logique commerciale dès lors, notamment, que leur notoriété peut être monétisée à l'avenir, certains auteurs font valoir « que YouTube soit mû par le profit ne rend pas le travail de ses participants individuels plus commercial que la circonstance que la peinture et la toile ait un coût ne rend chaque peinture commerciale¹⁰⁴ ». On le voit, l'appréciation de la « commercialité » fait l'objet de profondes divergences.

⁹⁹ Godefroy DangNguyen, Sylvain Dejean, Thierry Pénard, *op.cit.*, p. 102.

¹⁰⁰ *Rapport du CSPLA sur la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, J. Farchy et V.-L. Benabou, D. Botteghi, 2006, disponible sur le site du CSPLA.

¹⁰¹ Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven (CT) : Yale University Press, 2006, p. 94 et s.

¹⁰² Viviana A. Zelizer, *The Social Meaning of Money. Pin money, paychecks, poor relief and other currencies*, New York (NY): Basic Books, 1994, pp. 26-30.

¹⁰³ A l'heure actuelle, la distinction n'est qu'en partie pertinente dans le droit français de la propriété intellectuelle : si les exceptions de citation et d'analyse ou de revue de presse ne requièrent pas, pour trouver à s'appliquer, que l'usage soit dépourvu de finalité commerciale, celles fondées sur des intérêts sociaux et culturels l'excluent expressément. Ainsi, l'exception de pédagogie et de recherche n'est applicable que si la représentation et la reproduction ne donnent lieu « à aucune exploitation commerciale », et on retrouve ce critère pour les usages à destination des personnes handicapées, des bibliothèques, des musées et des services d'archives.

¹⁰⁴ Rebecca Tushnet, « User-Generated Discontent », *The Columbia Journal of Law & the Arts*, été 2008, 31, pp. 513-514.

Même si l'on admet que la stratégie classique de régulation des marchés de l'information et des contenus vise « non pas – comme on le pense souvent – à verrouiller l'accès, mais à conditionner l'accès à un paiement, lequel rémunère les créateurs et les intermédiaires », il ne fait guère de doute que ce système de rémunération garanti par la propriété intellectuelle est « sérieusement remis en cause par les nouveaux services en ligne¹⁰⁵ ». En particulier, la coexistence et souvent l'imbrication d'usages désintéressés et de services à but lucratif brouille les repères économiques.

1.3.2. Le modèle économique des plateformes

Les processus numériques de transformation des œuvres s'accompagnent le plus souvent d'une diffusion sur internet par des plateformes. Sans que le phénomène ne recouvre complètement la question de la diffusion des contenus par les intermédiaires de l'internet, plus large en ce qu'elle touche toutes sortes d'œuvres qu'elles soient ou non transformées, il n'en demeure pas moins que la visibilité des UGC est essentiellement concentrée sur des plateformes de diffusion qui transmettent ces contenus et leur permettent de bénéficier d'une échelle de diffusion incomparablement plus importante que celle dont pourrait jouir ces contenus diffusés directement sur le blog de son auteur. En déposant le contenu sur une plateforme, l'utilisateur/auteur accède à une diffusion potentiellement mondiale, et selon la nature de la plateforme et susceptible de voir son contenu repéré par un professionnel de la diffusion, peut escompter monétiser son audience en cas de succès.

Quelques plateformes « généralistes » concentrent l'essentiel de l'attention sur internet. Les contenus mis gratuitement à la disposition des utilisateurs peuvent être des images fixes (Flickr), des éléments sonores et musicaux (MySpace) ou des vidéos (YouTube, Dailymotion). Le succès des plateformes dépend à la fois de la consommation unitaire des contenus et de la participation des utilisateurs, soit pour créer des contenus (dans le cas des UGC), soit pour commenter, noter et ainsi assurer leur popularisation « virale ». Les plateformes se réclament d'un modèle de culture participative, dans laquelle « les consommateurs sont invités à participer activement à la création et à la diffusion de nouveau contenu¹⁰⁶ ». Bien qu'il y ait aujourd'hui des dizaines de plateformes sur lesquelles des contenus sont déposés et consommés, YouTube se détache nettement du reste du peloton. Par sa popularité, d'abord, plus de dix fois supérieure à ses principaux concurrents. Par sa position, ensuite, de site ayant enregistré la plus forte croissance dans l'histoire d'internet. Enfin, par son statut incontesté de plus vaste collection d'images animées au monde¹⁰⁷.

L'essor de YouTube en dates et en chiffres

YouTube a été fondé en 2005 par trois anciens employés de PayPal. En août 2006, le site accueillait déjà 6,1 millions de vidéos Flash qui nécessitaient un espace de stockage de 45 téraoctets. Au début de l'année 2008, le site comptait 70 millions de vidéos. En 2009, le site diffusait 100 millions de vidéos par jour, accueillait 20 heures de nouvelles vidéos chaque minute, et captait 50 % de tous les visionnages de vidéos sur internet. En 2011, le chiffre d'affaires de YouTube a été estimé à 1 milliard de dollars ; en 2012, ce chiffre est passé à 2,4 milliards. En 2013, le site était le deuxième le plus fréquenté au monde après Facebook. Chaque mois, un milliard d'utilisateurs visionnent plus de quatre milliards d'heures de vidéos, avec une moyenne de 140 vidéos vues par personne. En mai 2013, le volume de vidéos mise en ligne par minute était de 100 heures.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Alain Strowel, « Google et les nouveaux services en ligne : quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle ? », in Alain Strowel, Jean-Paul Triaille (dir.), *Google et les nouveaux services en ligne. Impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, Bruxelles : Larcier, 2008, p. 18.

¹⁰⁶ Henry Jenkins, *Convergence Culture : Where Old and New Media Collide*, New York (NY) : New York University Press, 2006, p. 290.

¹⁰⁷ Pele Snickars, Patrick Vonderau, « Introduction », in Pele Snickars, Patrick Vonderau (dir.), *The YouTube Reader*, Stockholm: National Library of Sweden, 2010, pp. 9-21.

¹⁰⁸ V. not. Josh David Jackson, « Streaming Screens: YouTube and redefining cultural production », thèse de doctorat, Madison : Université du Wisconsin, 2013.

La réussite financière de YouTube est récente mais se confirme. Acquis par Google pour 1,65 milliard de dollars en 2006, YouTube a affiché des résultats négatifs jusqu'en 2010. De cette situation a procédé la résolution de Google de signer des accords avec les majors hollywoodiennes pour obtenir du « contenu *premium* » et d'attacher des publicités à l'ensemble des vidéos YouTube, sous des formes variées et cumulatives : les publicités précédant la diffusion (*preroll*), les bannières pendant la diffusion, les pages d'accueil personnalisées pour tel ou tel annonceur, etc. La majorité des revenus de Google provenant de la publicité, il n'est pas surprenant que sa filiale soit désormais pleinement engagée dans cette chaîne de valeur : elle prend une place centrale dans le *Google Display Network*, c'est-à-dire l'ensemble des supports sur lesquels Google offre la possibilité aux annonceurs de déposer leur publicité dans le format de leur choix, et qui couvrirait, selon Google, près de 92 % de toute la toile. YouTube tire pleinement parti des programmes développés par sa maison-mère pour associer la publicité aux recherches de mots-clés (*AdWords*) et aux informations collectées sur chaque utilisateur (*AdSense*).

Le programme de partage de revenus de YouTube est au centre des enjeux économiques relatifs aux UGC. Dès 2006, YouTube a passé des accords de partage de revenus à propos des UGC. Ces accords, sur lesquels la mission n'a pas pu obtenir de renseignements précis compte tenu du secret des affaires, prévoient en substance la préservation des droits d'auteurs par l'utilisation d'un logiciel anti-contrefaçon fonctionnant à partir d'un système de signature audio : *Content Id*. Lorsque le logiciel détecte automatiquement que le contenu correspond à l'empreinte d'une œuvre, il peut déclencher trois séries d'action selon l'intention exprimée par l'ayant droit : soit retirer le contenu si l'ayant droit le demande, soit l'autoriser purement et simplement, soit l'autoriser et partager les revenus avec la plateforme¹⁰⁹. Certains des grands producteurs et détenteurs de droits ont rapidement signé de tels accords avec YouTube (Warner, Universal Music, et en France la SACEM, la SPP, etc.). D'autres, comme le conglomérat Viacom, ont refusé, arguant du fait que le service encourageait la contrefaçon et profitait de violations des droits d'auteur. Les vertus, pour YouTube, du programme de partage de revenus sont diverses : stimuler la mise en ligne de nouvelles vidéos « officielles » ; susciter, de manière générale, la présence d'œuvres de qualité sur le site¹¹⁰ ; réduire les risques contentieux éventuels susceptibles de survenir en cas d'évolutions défavorables de la jurisprudence¹¹¹. YouTube, relève de cette « nouvelle catégorie d'entreprises qui augmente la valeur de l'information produite ailleurs » et qui, en principe, « bénéficie aux créateurs originaux de cette information¹¹² ». La fécondité culturelle de YouTube et sa rentabilité économique dépendent, en tout cas, du dynamisme de la « co-création » avec les consommateurs : fondamentale, celle-ci doit être sauvegardée à tout prix¹¹³.

Le *Partner's Program* de YouTube, proposé initialement aux seuls fournisseurs professionnels de contenus, a été rapidement étendu aux amateurs, même si jusqu'en 2009-2010, les annonceurs demeuraient frileux quant à l'association des marques avec des UGC, réputés de qualité insuffisante. Mais la question de savoir si un UGC transformatif, dont les éléments constitutifs feraient l'objet d'un accord de partage entre les ayants droits et YouTube, peut donner lieu à la rémunération du créateur de l'UGC n'a pas reçu de réponse claire lors des auditions menées par la mission. Des vidéos amateurs enregistrent pourtant des succès importants, qui se traduisent en termes financiers. L'exemple souvent

¹⁰⁹ Les entreprises titulaires de droits recevant 100 000 dollars ou plus de revenus annuels se comptaient déjà par centaines en 2011. La monétisation est aujourd'hui l'option privilégiée semble-t-il dans plus de 90 % des détections d'usage non autorisés de contenus protégés.

¹¹⁰ Proposer une qualité de contenus suffisamment élevée est indispensable pour attirer des annonceurs soucieux de leur image de marque. A l'été 2010, YouTube a ainsi lancé un système de dotations destinées à aider la création vidéo, pourvu de 5 millions de dollars (ce financement s'appelle NextUp depuis l'acquisition de Next New Networks par YouTube en 2011), avant de fonder le *YouTube Creator Institute*, proposant à des « créateurs de contenus » sélectionnés un mois de cours dans deux grandes universités américaines.

¹¹¹ Lors du rachat de Youtube en octobre-novembre 2006, Google avait provisionné 200 millions de dollars en actions pour fire face aux contentieux potentiels en matière de propriété intellectuelle. V. Erik Valgaeren, Nicolas Roland, « YouTube and Social Networking Sites – New Kids on the Block ? », in Alain Strowel, Jean-Paul Triaille (dir.), *Google et les nouveaux services en ligne. Impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, Bruxelles : Larcier, 2008, p. 209.

¹¹² David Weinberger, *Everything is Miscellaneous : The Power of the New Digital Disorder*, New York (NY) : Times Books, 2007, p. 224.

¹¹³ Jason Potts, John Hartley, John Banks, Jean Burgess, Rachel Cobcroft, Stuart Cunningham, Lucy Montgomery, « Consumer Co-Creation and Situated Creativity », *Industry & Innovation*, 15, n°5, p. 459-474.

cité est celui de la vidéo intitulée « *David After Dentist* », mise pour la première fois à disposition sur Youtube à l'été 2008 et qui avait déjà rapporté, en 2011, plus de 100 000 dollars aux parents du jeune David¹¹⁴ : début 2014, la vidéo avait été vue plus de 123 millions de fois. D'autres créations « virales » sont représentatives des diverses possibilités de monétisation qui s'offrent aux créateurs amateurs. « *Keyboard Cat* », vue 34 millions de fois, a ainsi permis à son auteur d'engranger des dizaines de milliers d'euros, en grande partie en vendant des applications pour iPhone. Pour « *Beyoncé Baby* », qui a enregistré 6,5 millions de vues, plusieurs sponsors ont versé de l'argent à la famille du nourrisson afin de financer ses futures études universitaires. Quant à la propriétaire du cacatoès de la vidéo « *Snowball the dancing Cockatoo* » (5,6 millions de vues), son appel aux dons lui a permis de financer intégralement les installations nécessaires à l'épanouissement de son volatile.

Les UGC sur Dailymotion

En 2009, environ 90 % des 15 000 vidéos mises en ligne chaque jour sur Dailymotion étaient constituées d'UGC. La plateforme française revendique d'avoir été la première à mettre en place un système de reconnaissance des contenus protégés (*fingerprinting*). Dailymotion s'est tourné vers un prestataire technique, Audible Magic, qui avait déjà une base de données d'empreintes réalisées par les majors de l'industrie musicale aux États-Unis. Le procédé est le suivant : une empreinte est générée par Dailymotion, envoyée à la base de données d'Audible Magic et, en cas de correspondance, la mise en ligne est impossible à moins que l'ayant droit ait autorisé sa diffusion¹¹⁵.

La valorisation des fan-fiction par Amazon est à ses débuts. L'entreprise de Jeff Bezos s'est récemment engagée, comme l'ont relevé certains interlocuteurs de la mission, dans une opération de contractualisation de la fan-fiction, par des offres éditoriales faites concomitamment aux auteurs des œuvres premières et à ceux des œuvres secondes. Le succès immense de *Fifty Shades of Grey* qui est à l'origine, comme cela a été dit plus haut, une fan-fiction de la série littéraire *Twilight*, n'est pas étranger à ce mouvement. Toutefois, les mécanismes de rémunération offerts passent essentiellement par une prévalence du canon sur les œuvres de fan, profitant de la hiérarchie symbolique dont jouit l'œuvre d'origine au sein de la fandom.

L'analyse des relations économiques à l'œuvre reste délicate. Un argument consiste à soutenir qu'avec les programmes de partages de revenus, les « relations de travail passent de plateformes contrôlées par les utilisateurs, gérées largement par des communautés d'utilisateurs et médiatisées par des protocoles sociaux et technologiques, à des systèmes de courtage mené par des entreprises, dans lesquels les propriétaires des plateformes jouent le rôle de médiateurs entre des aspirants professionnels et des publics potentiels¹¹⁶ ». D'autres vont plus loin en indiquant que l'office de certaines plateformes va désormais bien au-delà de l'intermédiation, puisqu'elles gèrent, façonnent et disciplinent ses créateurs. Parmi les personnes interrogées par la mission, certaines prennent acte de la position dominante des plateformes, et se félicitent de la disposition de certaines à partager les revenus, tout en soulignant le flou juridique entourant l'accord financier. En effet, toutes les plateformes ne font pas ce choix : SoundCloud (250 millions d'utilisateurs), se considérant comme un simple hébergeur, a ainsi refusé d'engager des discussions de partage de revenus avec la SACEM.

¹¹⁴ Susan Murray, « Amateurs Auteurs ? The Cultivation of Online Video Partners and Creators », in Cynthia Chris, David A. Gerstner (dir.), *Media Authorship*, New York, Londres : Routledge, 2013, p. 261.

¹¹⁵ M. Giuseppe De Martino, « Plateformes Web 2.0 et ayants droit : quels accords ? », Institut de recherche en propriété intellectuelle, *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le web 2.0*, actes du colloque tenu à Paris le 27 octobre 2008, Paris : Litec, 2009, p. 47-52.

¹¹⁶ José Van Dijk, *Users Like You ? Theorizing Agency in User-Generated Content*, *Media Culture Society*, année 31, no 1, 2009, p. 42.

2. LE CADRE JURIDIQUE DU PHÉNOMÈNE DE LA CRÉATION TRANSFORMATIVE

Actualité du questionnement. La création transformative, dont on a déjà relevé l'ambiguïté terminologique, constituait une question relativement délaissée du droit d'auteur jusqu'à ce que les usages nouveaux et la multiplication des lieux de diffusion lui confèrent un regain d'intérêt auprès des pouvoirs publics. Tant le rapport Lescure, que les travaux commandés par la Commission européenne témoignent d'une prise de conscience des enjeux et de la nécessité d'une analyse approfondie pour suggérer des solutions idoines. A cet égard, le présent rapport s'inscrit dans le prolongement de la réflexion menée par l'étude de Wolf délivrée à la Commission européenne en décembre 2013. Tout particulièrement, on renverra le lecteur à l'excellente revue du droit comparé qui y figure sur la question des UGC, pour se concentrer plus spécifiquement sur la situation française.

Cadre normatif complexe. L'encadrement juridique de la création transformative est essentiellement opéré en France dans les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, qui sans connaître à proprement parler cette catégorie juridique, l'appréhende indirectement à travers plusieurs dispositions relatives à la transformation, à la modification, à l'adaptation ou encore à l'œuvre composite. Toutefois, cette approche hexagonale ne saurait satisfaire l'analyse si elle n'était pas complétée par l'acquis communautaire en ce domaine, également flou, mais dont les règles embryonnaires s'imposent au titre du principe de primauté et déterminent les marges de manœuvre du législateur national dans une perspective d'évolution du droit.

Par ailleurs, il ne s'agit pas, dans les développements qui suivent, de se livrer à une analyse d'ensemble des règles du droit d'auteur susceptibles d'être appliquées aux œuvres transformatives mais d'appréhender spécifiquement les enseignements qui peuvent être tirés du droit existant à propos de cette forme de création, dans le souci de clarifier les principes qui gouvernent la matière et de dissiper certaines idées reçues. En effet, les consultations menées par la mission ont fait apparaître certains mythes répandus à propos de la réutilisation des œuvres sur Internet. Le premier tient à l'idée que de telles pratiques seraient en principe couvertes par le « droit de citation » - ce n'est pas toujours le cas - ; le deuxième que l'affichage sur un site internet d'un avis de non-nuisance (sorte de *disclaimer*) à l'égard des titulaires de droits constituerait un moyen de se protéger contre une éventuelle action en contrefaçon - ce qui n'est jamais le cas - ; le troisième est inhérent à la compréhension commune du « *fair use* » américain, réputé plus accueillant pour les usages transformatifs - ce qui reste à démontrer - que le droit d'auteur français, lequel serait excessivement protecteur des intérêts des auteurs et titulaires de droits voisins. Il est dès lors apparu nécessaire aux rédacteurs de ce rapport de restituer l'état du droit afin réduire certains biais de représentation. A cet effet, on ne se contentera pas d'envisager la seule réponse législative - qui souvent fait défaut - mais on envisagera, chaque fois qu'elles existent, les solutions offertes par la jurisprudence, la doctrine ou la pratique contractuelle.

Périmètre de la réflexion. De ce point de vue, le flou terminologique relevé dans la première partie du rapport nous oblige à opérer des choix quant au périmètre de l'étude menée. Si la catégorie juridique peine à être circonscrite de manière positive, il s'agit a minima de poser une exclusion : l'hypothèse d'une création transformative ne peut pas porter sur une exploitation pure et simple d'une œuvre déjà existante, sans modification matérielle ou intellectuelle de celle-ci. En d'autres termes, nous retiendrons aux fins de l'analyse juridique que **pour qu'il y ait création transformative, il faut à tout le moins qu'il y ait une modification d'une œuvre existante, et que cette œuvre, comme cette modification soient également perceptibles par le public. Il convient donc de s'attacher à la reprise de la forme, seul élément susceptible d'être protégé.**

Distinction de la création transformative avec le simple usage transformatif. Au regard de cette définition, une simple opération de numérisation n'est pas suffisante pour caractériser une création transformative, même s'il existe une opération technique qui conduit à une « traduction » de l'objet en langage binaire, faute pour l'humain, récipiendaire de l'œuvre, d'être en mesure de percevoir cette transformation. Il est également entendu que le présent rapport ne traitera pas du *data mining*, objet

d'une autre mission et qui ne correspond pas davantage à ce critère puisque le propos du data mining n'est pas de restituer la forme des œuvres sujettes à ces opérations. De même, le simple fait de changer le canal de diffusion de l'œuvre ne peut pas constituer une création transformatrice, même si cela est susceptible de constituer, dans certains cas, un usage transformatif. La frontière est parfois difficile à tracer entre ces deux logiques puisqu'une création transformatrice résulte toujours d'un usage transformatif mais ne s'y limite pas. Ainsi, la juxtaposition d'une œuvre avec une autre peut, dans certains cas, s'apparenter à une création transformatrice lorsqu'elle s'inscrit dans la composition d'un ensemble et ne se réduit pas à la simple présence simultanée de deux œuvres différentes sur un même support ou dans un même espace.

Demeure la question de la qualification de la « création » transformatrice. En effet, la notion – qui fait en droite ligne référence à celle d'œuvre dans le Code de la propriété intellectuelle – suppose un phénomène de création propre, qui certes s'articule avec une ou plusieurs œuvres antérieures mais qui conduit à un objet singulier qualifiable de création. De ce point de vue, **le choix terminologique est susceptible de produire des effets juridiques substantiellement différents**. Si en effet, on retient le vocable de « création », l'auteur de celle-ci est habilité à revendiquer à son tour un droit d'auteur sur le résultat de cette démarche créative lorsqu'elle est douée d'originalité ; si on s'attache à un vocabulaire plus neutre tel que « usage transformatif » ou « transformation », cette prétention sera moins systématique.

Distinction avec les pratiques de « copyfraud ». A cet égard, le point de départ de la réflexion consiste à rappeler qu'il n'existe de difficulté juridique éventuelle, du point de vue de la propriété littéraire et artistique, qu'en présence d'une reprise d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou d'un objet protégé par un droit voisin. En effet, si l'élément réutilisé n'est pas protégeable, son emploi est en principe libre, sous réserve d'interdictions d'accès à des contenus se fondant sur d'autres mécanismes. Bien qu'elles puissent être sources de problèmes, ces pratiques – dont la légitimité est sujette à discussion – ne ressortissent pas du champ du présent rapport. On remarquera toutefois qu'elles cristallisent l'hostilité des utilisateurs dénonçant des pratiques de « *copyfraud*¹¹⁷ » et tendent, au détriment d'une bonne perception du droit d'auteur, à brouiller dans l'esprit du public, la différence entre le monopole légal lié à la reconnaissance d'un travail créatif et les mécanismes de rente découlant d'une position monopolistique de fait ou de droit sur l'accès à certains objets. Les auditions ont permis de saisir l'absence de repère de certains utilisateurs sur le champ de la protection légale et une excessive réserve quant à l'usage des ressources informationnelles, en raison des menaces plus ou moins justifiées qui accompagnent leur libre réutilisation. En outre, il résulte des auditions que la politique menée jusqu'à présent par le ministère de la Culture est marquée par des tiraillements entre les objectifs contradictoires d'ouverture de la culture du plus grand nombre d'une part, et de valorisation des collections ou du patrimoine immatériel, d'autre part.

Il convient donc de rappeler avec force que **lorsqu'un objet n'est pas ou plus protégé par un droit de propriété intellectuelle, son utilisation n'est en principe pas assujettie à une autorisation préalable**. Ces éléments appartiennent au domaine public, dont le statut manque de précision mais que la doctrine tant à qualifier de choses communes, au sens de l'article 714 du Code civil¹¹⁸, c'est-à-dire **des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous**. Par conséquent, **la prétention propriétaire sur l'exploitation de l'information relevant du domaine public nous paraît excessive et devoir être écartée. Il importe au premier chef que l'Etat, dont certaines**

¹¹⁷ Voir, par exemple, SI.Lex, le blog de Lionel Maurel, auditionné par la mission, qui dénombre régulièrement certains excès des revendications propriétaires sous la rubrique « copyright madness » et recensant des prétentions qui n'ont parfois aucun fondement légal dans le droit de la propriété intellectuelle.

¹¹⁸ Article 714 Code civil :

Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.

Des lois de police règlent la manière d'en jouir.

Voir notamment sur cette question, S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, IRPI, 2002 ; M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, n° 211 ; Séverine Dusollier et Valérie-Laure Benabou, *Draw me a public domain*, in P. Torremans (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007, p. 161-184.

institutions sont au cœur de ces pratiques, clarifie la ligne politique qu'il entend choisir en ce domaine et qu'il ne développe pas des pratiques de réappropriation indirecte des éléments du domaine public.

Cela posé, demeure entière la question de l'accès à la source de l'objet, notamment dans un format idoine, lequel peut donner lieu à rémunération de la part de celui qui fournit le bien ou le service support du contenu libre. **Ici encore un travail doit être mené sur l'accès à la création, tout particulièrement dans l'univers numérique.** Par exemple, les pratiques de numérisation massive d'œuvres tombées dans le domaine public – conservées dans les musées, archives et bibliothèques – liées à des contrats d'exclusivité de diffusion sur internet devraient faire l'objet d'un contrôle afin d'éviter les prétentions abusives découlant d'une simple capacité de contrôle d'accès.

Les pouvoirs publics devraient se saisir d'une réflexion sur la notion de domaine public, le contrôle d'accès au patrimoine culturel et les pratiques visant à réintroduire une exclusivité ou un paiement autour de cet accès. Nous n'envisagerons pour notre part dans ce rapport que les hypothèses se rapportant strictement au périmètre légal de la propriété intellectuelle et non les pratiques de réappropriation indirecte utilisant d'autres fondements.

Préconisation 1. Afin de compléter la discussion sur la liberté de création, il est nécessaire d'initier une réflexion publique sur la définition positive du domaine public « immatériel », son régime et son opposabilité pour éviter le développement des pratiques d'appropriation ou d'intimidation qui conduisent à compliquer, sans cause légitime, voire à interdire l'accès à des ressources culturelles communes.

L'approche juridique de la création transformative peut se cristalliser autour de trois questions : quelles sont les opérations de transformation qui relèvent du champ du droit de la propriété intellectuelle (2.1.) ? Quelles sont les règles imposées du processus de transformation, et plus particulièrement, comment le droit de la propriété littéraire et artistique l'appréhende-t-il, à la fois sous l'angle du droit exclusif et des exceptions (2. 2.) ? Enfin, quel est le cadre normatif existant pour les œuvres « transformatives », fruits de ce processus (2.3.) ?

2.1 Le champ d'application du Code de la propriété intellectuelle

Dissiper les malentendus sur le périmètre de la réservation suppose de rappeler quelques règles fondamentales du droit d'auteur, lesquelles démontrent que la mise en œuvre du droit, loin de la représentation excessive qui en est faite, ouvre des espaces propices à la liberté créatrice. Sans parler des « tolérances » nombreuses qui conduisent nombre d'auteurs à laisser leurs œuvres dans les mains du public sans exercer aucun contrôle ni demander aucune contrepartie, il s'agit dans les paragraphes qui suivent d'attirer l'attention du lecteur sur ce qui relève de la protection et ce qui n'en relève pas, aux yeux de la loi comme des juges nationaux et européens, lesquels du fait du temps du Droit sont les plus à même d'offrir un accompagnement juridique des nouvelles pratiques culturelles.

Seule la reprise d'objets protégés par la loi est concernée par les règles du Code de la propriété intellectuelle. C'est sans doute un truisme, mais il convient ici de rappeler que la compétence du droit de la propriété intellectuelle à appréhender le phénomène de la création transformative est consubstantiellement limitée à son objet, qui est de protéger les œuvres de l'esprit originales. **Ce n'est donc que dans la mesure où une œuvre recevant protection à ce titre est réutilisée dans un processus de transformation que se pose la question de la mise en œuvre de ce corpus juridique.** Le droit de l'Union européenne est à cet égard peu disert, aucune directive d'harmonisation ne venant définir de manière générale la notion d'œuvre. Néanmoins la catégorie est progressivement dessinée par la jurisprudence de la Cour de Justice, à l'aide du critère de la *création intellectuelle propre à son auteur* qui définit à la fois l'œuvre et l'originalité qui la rend éligible à la protection.

Ainsi, il est communément admis que **seule la forme est protégée par le droit d'auteur et non l'idée qui est à la source de l'œuvre ou les informations qu'elle contient**. La ligne de distinction est parfois délicate à déterminer mais il est acquis qu'une information brute n'est pas protégée, notamment parce qu'il est essentiel à l'information du public que toute personne puisse relayer les éléments objectifs sans avoir à demander une autorisation préalable à celui qui les aura révélés le premier. Par ailleurs, la protection ne porte pas non plus sur les matériaux qui servent à réaliser une œuvre mais ne constituent pas l'essence de la création. Ainsi, la Cour de Justice a pu considérer dans l'arrêt *Infopaq I*¹¹⁹, que « *des mots (...) considérés isolément, ne sont pas en tant que tels une création intellectuelle de l'auteur qui les utilise. Ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle.* » (point 45) et que « *les mots en tant que tels ne constituent donc pas des éléments sur lesquels porte la protection* » (point 46).

Par ailleurs, **il convient de distinguer clairement deux notions parfois confondues dans l'esprit du public : le plagiat et la contrefaçon**. Le plagiat constitue en effet une catégorie plus vaste que la contrefaçon dans la mesure où il vise les phénomènes d'imitation, surtout mais non exclusivement, dans le champ littéraire. Or, si le plagiat équivaut à la contrefaçon lorsque l'imitation conduit à la reprise des éléments de forme d'une œuvre antérieure, tel n'est pas le cas lorsque la reprise rejoint le seul hommage à la patte de l'auteur. Tout plagiat n'est pas une contrefaçon. Ainsi, **le fait de reprendre un style, de réaliser une œuvre « à la manière de » ne constitue pas une contrefaçon dès lors qu'il n'y a pas d'emprunt à une œuvre antérieure identifiable, et ce, même si le plagiat s'inspire manifestement du travail d'un autre auteur**. Si aucun élément formel d'une œuvre antérieure n'est reproduit, la reprise ne peut pas donner lieu à l'action en contrefaçon. S'ouvre éventuellement la voie de l'action en concurrence déloyale, à condition que l'auteur puisse prouver l'existence d'un préjudice, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux, du fait du plagiat.

Lorsqu'un objet est exclu de la catégorie « œuvre », sa transformation ne donne pas prise à l'exercice du droit d'auteur. Le Code de la propriété intellectuelle ne pose pas de définition claire de la notion d'œuvre et laisse la catégorie ouverte à de nouvelles formes de création, comme en témoigne la liste non exhaustive d'œuvres figurant en son article L.112-2. Ainsi l'éviction ou l'inclusion dans la catégorie sont essentiellement le fruit de la jurisprudence : la Cour de cassation manifeste, par exemple, une résistance tenace à inclure le parfum dans le champ de la protection¹²⁰. Au plan de l'Union, la Cour de Justice a, dans son arrêt *Premier League*, refusé la qualification d'œuvre à une manifestation sportive, au motif que les règles du jeu étaient antinomiques avec la liberté créative nécessaire à cette qualification. Toutefois, le principe d'indifférence du genre, du mérite et de la destination contribue à rendre la catégorie des œuvres protégées particulièrement accueillante en principe.

Non seulement l'élément repris doit être une « œuvre » au sens du droit d'auteur, mais encore la réutilisation doit emprunter à l'œuvre ses caractéristiques protégées. **L'auteur originaire ne peut prétendre revendiquer un quelconque droit que si un élément identifiable et caractéristique de son œuvre a été repris**. Si la réutilisation se limite à des éléments qui en eux-mêmes sont insuffisants pour évoquer l'œuvre première, l'exercice du droit d'auteur du titulaire de l'œuvre originaire n'est pas justifié. Qu'on suppose, par exemple, la reprise des mots d'un texte préexistant mais employés dans une structure grammaticale et un contexte sémantique radicalement différents ; il n'y a pas matière à contrefaçon. Dans l'affaire *Infopaq*, la CJUE a affirmé que la condition d'originalité qui gouverne la protection doit également être requise lorsque la reproduction est partielle, ce qui signifie que **la**

¹¹⁹ CJUE, 16 juillet 2009, *Infopaq I*, aff. C-5/08.

¹²⁰ Notamment, C. Cass., 13 juin 2006, *D.* 2006, p. 1741, note J. Daleau ; *Prop. Intell.* 2006, n° 21, p. 442, obs. A. Lucas ; *JCP G*, 2006, II, 10138, note F. Pollaud-Dulian : La Cour de cassation a ultérieurement confirmé le refus de protection mais en se fondant sur un argument moins catégorique que la qualification de savoir-faire, estimant que « *le droit d'auteur ne protège les créations dans leur forme sensible, qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication* », ce qui, aux yeux des juges n'est pas le cas d'une forme olfactive ; C. Cass. Com., 10 décembre 2013, n° pourvoi 11-19872.

protection du droit d'auteur ne joue que lorsque les éléments repris représentent l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur. Il faut pour cela que l'extrait contienne « *un élément de l'œuvre qui, en tant que tel, exprime la création intellectuelle propre à l'auteur* » (point 48) ou que les fragments « *soient aptes à transmettre au lecteur l'originalité d'une publication telle qu'un article de presse, en lui communiquant un élément qui est, en soi, l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cet article.* » (point 47).

Partant, si la reprise ne concerne qu'une « **infra-œuvre** » qui descend sous le seuil d'originalité exigé, il n'est pas nécessaire de demander l'autorisation au titulaire de droit pour utiliser le fragment. On est ici hors du domaine de la citation fondée sur une exception au droit exclusif (voir *infra*) puisque l'élément extrait se situe en deçà de la protection par le droit d'auteur. Rappelons, à cet égard, que le critère jurisprudentiel traditionnel français est l'empreinte de la personnalité de l'auteur, laquelle pourra parfois être difficile à caractériser lorsque la reprise de l'œuvre d'origine est très modeste. On peut envisager que l'arrêt *Infopaq* ouvre la voie à une logique de *minimis*¹²¹, appuyée sur l'exigence d'originalité. Si les éléments repris ne sont pas originaux en eux-mêmes ou ne témoignent pas de l'originalité de l'ensemble, leur réutilisation échappe à l'autorisation de l'ayant droit. Reste évidemment que l'appréciation de l'originalité constitue un facteur de risque pour l'utilisateur/créateur qui ne pourra mesurer l'acuité de son analyse qu'ex post, puisque la présence d'une originalité relève in fine du pouvoir souverain des juges du fond¹²².

Par conséquent, la reprise des matériaux constitutifs des œuvres premières dans une création ne suffit pas à justifier l'application automatique de la protection légale du droit d'auteur, dès lors que ces éléments ne sont pas identifiables comme se rattachant à l'originalité de l'œuvre d'origine ou qu'ils n'attestent en eux-mêmes d'aucune originalité. Ceci peut écarter du champ de l'autorisation des mash-up dans lesquels la trace des œuvres d'origine est peu perceptible dans le contexte normal d'accès à l'œuvre : collages d'œuvres plastiques indéterminables, reprise d'images ou de matériaux sonores banals, etc.

Bien entendu, **dès lors que l'œuvre originale est convoquée de manière ostensible** même brièvement, en raison de son caractère iconique – le monologue de Brigitte Bardot dans le Mépris de Godard - , le risque que la reproduction partielle soit originale augmente, ouvrant le champ au droit exclusif, sous réserve du jeu des exceptions. Par conséquent, l'existence de ce seuil d'entrée dans la protection ne met pas à l'abri l'auteur d'une création transformative d'un recours si l'élément repris constitue une part emblématique et directement identifiable de l'œuvre première. De *lege lata*, ce n'est alors qu'en invoquant l'éventuel bénéfice d'une exception qu'il pourra se soustraire à l'autorisation préalable (voir *infra*). **Le ratio de minimis n'est pas d'ordre quantitatif mais qualitatif, mesuré à l'échelle de l'originalité et de la perceptibilité pour l'homme de la modification.**

Enfin, il convient de **relever la difficulté de concilier cette approche de seuil d'originalité avec les mécanismes de tatouage numérique des œuvres.** En effet, lorsque les mécanismes d'identification des œuvres passent par des empreintes numériques¹²³, il est possible que le système détecte la présence d'éléments appartenant à une œuvre et déclenche automatiquement les processus de validation ou de rejet convenus avec les ayants droit ayant enregistré cette empreinte auprès de la plateforme de diffusion. L'existence d'outils de repérage fera immédiatement le lien entre ces deux éléments sans s'interroger sur le caractère protégeable du segment repris et jouera comme une «présomption de copie». Ainsi, la plus petite parcelle d'une œuvre aura tendance à devenir subrepticement la

¹²¹ Rapport Triaille, op. cit. Apart from the exceptions, there may arguably be some notion of “de minimis”: copying and remixing (etc) very small amounts may not always suffice to engage either the reproduction or the adaptation rights.

¹²² Il conviendrait à cet égard, pour mesurer plus complètement le risque encouru par les acteurs de réaliser une étude quantitative des contentieux dans lesquels l'originalité de l'œuvre a été discutée par les juges. Il semblerait ainsi que quelques juridictions sont peu enclines à accorder la protection pour certaines catégories d'œuvres telles que les photographies. Ainsi l'aléa judiciaire existe également du côté du demandeur à l'action en contrefaçon.

¹²³ On pense aux dispositifs développés par Audible Magic ou l'INA.

représentation de l'ensemble et le phénomène risque de favoriser l'extrapolation de la partie vers le tout, en perdant de vue l'unité qualifiante de l'œuvre. En outre, le mécanisme conduit à établir un ordre de priorité entre œuvres tatouées et œuvres non tatouées, sans que cette hiérarchie ne recouvre forcément l'ordre des créations. Au plan pratique, l'existence de ces éléments d'identité peut conduire la plateforme à refuser la diffusion du contenu proposé en second, conférant ainsi *a priori* au titulaire de l'œuvre préalablement répertoriée un pouvoir d'exclusion injustifié.

Cette situation suscitée par le développement technique est, à notre avis insatisfaisante au regard des équilibres propres de la propriété intellectuelle¹²⁴. Même si l'automatisation de la décision semble en première approche constituer un facteur de fiabilité pour les ayants droit, la machine ne doit pas supplanter la pesée intellectuelle de l'existence d'un droit sur un contenu. Ainsi, le respect du droit d'auteur devrait commander qu'un système contradictoire puisse être mis en place pour permettre aux auteurs de contenus de ne pas voir leur diffusion entravée au motif que tout ou partie du fichier présente des similitudes avec une œuvre tatouée et inscrite dans la base de données des plateformes. **Il revient aux usages de concilier l'intérêt du mécanisme d'identification des œuvres avec la liberté de réutilisation des éléments non protégés ou le bénéfice des exceptions.** Le tatouage ne devrait jouer que comme une présomption simple au bénéfice de la personne qui a déposé l'empreinte, laissant le champ à une système simple de contestation de la part de celui dont le contenu a été identifié comme constituant une reprise. L'idée d'un mécanisme de médiation évoquée au considérant 46¹²⁵ de la directive 2001/29 pourrait être envisagée avec profit pour arbitrer les intérêts légitimes contradictoires.

Préconisation 2 : Développer des procédures simples, rapides et contradictoires afin de remédier aux blocages intempestifs des créations transformatives légitimes par certains systèmes de tatouage numérique. Encourager les processus de médiation pour résorber les conflits et assurer la présence des œuvres transformatives légitimes sur le réseau.

S'agissant des droits voisins, la reprise devra porter sur l'interprétation de l'artiste interprète ou sur la fixation du phonogramme ou du vidéogramme. La question est un peu plus délicate s'agissant du droit *sui generis* sur les bases de données, dans la mesure où la reprise d'informations « brutes » figurant dans la base d'origine, à défaut d'être protégée par le droit d'auteur, peut constituer, le cas échéant, une extraction du contenu de la base sujette à autorisation du producteur de la base, à condition que cette reprise soit quantitativement ou qualitativement substantielle. Ces critères ont été explicités par la Cour de Justice ; la reprise quantitativement substantielle s'analyse au regard du volume de données reprises relativement à la base d'origine ; la reprise qualitativement substantielle s'entend de la reprise de données pour lesquelles a été effectué un investissement qualitativement substantiel. Néanmoins, pour s'opposer à ces reprises, le titulaire devra démontrer qu'il a fourni un investissement quantitativement ou qualitativement substantiel dans la réalisation de la base de données et que l'aspiration de sa base est illégitime au regard du périmètre de la protection que la loi lui confère.

¹²⁴ V.-L. Benabou, L'œuvre poulpe, *Revue du droit des technologies de l'information*, n° 32/2008, p. 307. « Surtout, l'appréhension humaine sur laquelle repose la considération de la contrefaçon en ne retenant de l'œuvre que ses éléments de permanence autorise une marge d'inspiration aux auteurs en puissance ; qui retiendra une idée, qui adaptera une composition, qui déclinera une mélodie en s'en éloignant suffisamment pour réaliser une œuvre à part entière. L'œuvre est un tout qui n'est pas réductible à la somme de ses parties mais qui peut également être identifiée au travers de certaines de ses parties. La facilité accrue à pister l'origine de l'emprunt – par le contrat ou par la technique – ne doit pas servir à faire sortir l'œuvre de ses limites naturelles et à être réduite à n'importe quel de ses fragments ni assujettie au seul vouloir de ses créateurs. Une telle vision pourrait sinon lui conférer une envergure tentaculaire ; d'œuvre poulpe, elle deviendrait alors Gorgone. »

¹²⁵ (46) Le recours à la médiation pourrait aider utilisateurs et titulaires de droits à régler les litiges. La Commission, en coopération avec les États membres au sein du comité de contact, doit réaliser une étude sur de nouveaux moyens juridiques de règlement des litiges concernant le droit d'auteur et les droits voisins.

2.2 L'opération de transformation des œuvres au prisme du droit d'auteur

On envisagera le processus de transformation de l'œuvre préexistante sous l'angle de la définition des droits exclusifs des titulaires qui ont éventuellement vocation à s'y appliquer (2.2.1.) avant d'aborder la mise en œuvre des exceptions (2.2.2.), même si l'intervention jurisprudentielle contribue parfois à brouiller les lignes de distinction entre ce qui relève du monopole et ce qui lui échappe. Il conviendra enfin d'apprécier, à l'aune de cette double approche, les hypothèses dans lesquelles une transformation peut être considérée comme contrefaisante (2.2.3.).

2.2.1. La création transformative envisagée sous l'angle de la définition des droits des titulaires

L'opération de transformation faite à partir d'une œuvre protégée, ce qui est notre hypothèse de départ, donne en principe lieu à un système d'autorisation préalable du chef des titulaires de cette œuvre originale, lorsque son utilisation relève des cas couverts par les droits exclusifs définis par le Code de la propriété intellectuelle (2.2.1.1.) Elle est également tributaire de la mise en jeu du droit moral (2.2.1.2.).

2.2.1.1. La transformation, pour être sujette à autorisation, doit relever du monopole du titulaire

- *i. La reprise, pour faire l'objet d'une autorisation, doit être considérée comme une exploitation de l'œuvre première en tant que telle*

Au delà de l'affirmation solennelle du droit exclusif du titulaire, on assiste à un mouvement de la jurisprudence française visant à écarter le jeu de cette règle, non par le truchement des exceptions, mais de manière plus radicale, **en faisant échapper l'acte d'utilisation du périmètre de la protection, au motif qu'il ne « concerne » pas l'œuvre**. Cette logique s'est manifestée dans l'arrêt dit *Place des Terreaux*¹²⁶, lors duquel la Cour de cassation a rejeté la prétention formée au titre du droit d'auteur par les architectes ayant aménagé la place publique, au motif que cette création n'était pas *le sujet* de la carte postale reproduisant ladite place et qu'étant intriquée à l'intérieur d'un espace public, l'œuvre n'était tout simplement pas communiquée au public. Ainsi, lorsque l'œuvre première est intégrée dans un ensemble plus vaste dont elle ne peut être physiquement séparée, la situation factuelle est susceptible de neutraliser la revendication des auteurs à s'opposer à la diffusion de cet ensemble, ou – comme en l'espèce – à faire valoir leur droit moral.

Dans l'arrêt *Etre et avoir*¹²⁷, la Cour de cassation a rejeté la prétention des ayants droit d'une œuvre exposée dans la salle de classe où avait été tournée un documentaire, considérant que « *les illustrations ne sont à aucun moment présentées dans leur utilisation par le maître et font corps au décor dont elles constituent un élément habituel, apparaissant par brèves séquences mais n'étant jamais représentées pour elles-mêmes.* » Ici, la Cour est allée plus loin que dans l'arrêt de la *Place*

¹²⁶ C. Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, dite « place des Terreaux », *RIDA*, juill. 2005, n° 205, p. 459 ; *Prop. Intell.*, 2005, n° 15, p. 165, obs. P. Sirinelli ; *Légipresse*, 2005, n° 221, note J.-M. Bruguière ; *Com. Com. Elec.*, mai 2005, p. 34, obs. C. Caron C. Geiger, L'arrêt « Buren », une libération ?, *RLDI*, 2005, n° 5, p. 10 ; Mais attendu qu'ayant relevé que, telle que figurant dans les vues en cause, l'œuvre de MM. X... et Z... se fondait dans l'ensemble architectural de la place des Terreaux dont elle constituait un simple élément, la cour d'appel en a exactement déduit qu'une telle présentation de l'œuvre litigieuse était accessoire au sujet traité, résidant dans la représentation de la place, de sorte **qu'elle ne réalisait pas la communication de cette œuvre au public**.

¹²⁷ Cass. Civ. 1^{ère} civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 08-20651 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023998373&fastReqId=1427842031&fastPos=1>.

des Terreaux puisqu'elle n'exige pas la condition d'intrication. L'illustration litigieuse faisait certes partie du décor naturel de la classe mais il n'existait aucun empêchement dirimant pour la retirer du champ. Pourtant, les juges ont estimé **qu'une telle présentation de l'œuvre litigieuse était accessoire au sujet traité** résidant dans la représentation documentaire de la vie et des relations entre maître et enfants d'une classe unique de campagne, de sorte qu'elle devait être regardée comme « *l'inclusion fortuite d'une œuvre, constitutive d'une limitation au monopole d'auteur, au sens de la Directive 2001/ 29 CE du 22 mai 2001, telle que le législateur a, selon les travaux préparatoires, entendu la transposer en considération du droit positif.* »

On trouve ici l'empreinte d'une **logique de l'accessoire**¹²⁸ **qui limite la vocation du droit exclusif à être mis en œuvre lorsque l'utilisation de la création ne vise pas l'exploitation de l'œuvre en tant que telle** et que cette dernière s'efface au sein de l'ensemble dans lequel elle figure. Toutefois, le critère de la proportion accessoire ou, au contraire, de la prévalence de l'œuvre utilisée dans cet ensemble est difficile à anticiper. Ainsi, l'arrêt rendu par la Cour de cassation du 12 juillet 2012 dans l'affaire *Aufeminin* a rejeté l'argument faisant valoir que l'inclusion d'une photographie au sein du service Google Image était accessoire par rapport au sujet principal traité et devait être considérée comme une inclusion fortuite échappant au monopole de l'auteur¹²⁹. La Cour de cassation a considéré que la notion « *d'inclusion fortuite dans un autre produit* », retenue par les dispositions invoquées de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, doit s'entendre comme une représentation accessoire et involontaire par rapport au sujet traité ou représenté, ce qui n'était pas le cas de la réduction de la photo sous forme de vignette.

On notera que la mention de la directive dans cette dernière décision laisse entendre que le mécanisme relève de l'exception et non d'une lecture en creux du droit exclusif, contrairement à ce qui résultait des décisions antérieures. Quelle que soit la qualification finalement retenue, il découle de cette jurisprudence ainsi que de la présence de l'exception d'inclusion fortuite à l'article 5 paragraphe 3 i) de la directive 2001/29¹³⁰, **un contexte jurisprudentiel favorable au desserrement du droit exclusif du titulaire d'une œuvre première lorsque sa réutilisation est opérée dans le cadre d'un ensemble plus vaste dont elle ne peut être séparée (critère de l'intrication) ou lorsqu'elle n'apparaît pas comme le sujet de l'ensemble dans lequel l'œuvre figure (représentation accessoire), c'est-à-dire que l'intention de l'auteur second n'est pas de porter spécifiquement l'attention du spectateur sur cet élément.**

Le critère introduit par la Cour de cassation supposant que l'inclusion fortuite recouvre nécessairement une représentation « involontaire » de l'œuvre par rapport au sujet traité semble ajouter une dimension liée à la conscience de l'insertion, susceptible de limiter les marges de manœuvre des auteurs d'œuvres transformatives. En effet, si on se reporte à la jurisprudence de la Cour de Justice qui estime que les exceptions doivent être interprétées de manière restrictive, le champ de l'exception de l'insertion fortuite semble devoir être limité, et la Cour de cassation tient son rôle lorsqu'elle requiert la dimension involontaire de l'insertion fortuite. Toutefois dans sa version anglaise, la directive renvoie au terme « *incidental* » qui signifie accessoire ou sans importance mais ne comporte pas la dimension involontaire du terme fortuit en français¹³¹. Il reviendra donc probablement à la Cour de Justice de

¹²⁸ Sur ce sujet, v. notamment M. Vivant, *Droit d'auteur et théorie de l'accessoire : et si l'accessoire révélait l'essentiel ?*, JCP G 2011 n° 28, p. 1360.

¹²⁹ Google soutenait dans la première branche de son quatrième moyen que « la présentation de chaque vignette indexée (...) était (...) accessoire par rapport à l'objet du service Google Images, à savoir le référencement aussi exhaustif que possible d'images disponibles sur Internet et répondant aux requêtes des internautes, et partant, (...) son inclusion au sein des pages de résultats (...) était (...) fortuite. »

¹³⁰ Directive 2001/29 CE, article 5 paragraphe 3 i) lorsqu'il s'agit de l'inclusion fortuite d'une oeuvre ou d'un autre objet protégé dans un autre produit;

¹³¹ Ainsi, dans le rapport de Wolf, il est précisé que « “Incidental” does not equal “in the background” but rather refers to “accidental” or “unintentional” takings and thus to situations in which the purpose of the user was not to capture the sounds or the images at stake but where such capture happened at the occasion of the recording of another element which was the real subject matter of the recording/creation by the user. », p. 482. Il résulte par ailleurs qu'en droit américain, une telle « exception » est reconnue dans le préambule de la section 107 comme

réduire les différences d'interprétation pour savoir si l'exception peut couvrir des insertions accessoires mais volontaires d'œuvres ou si elle se limite à des insertions accessoires et non volontaires. La différence est non négligeable puisque dans la première hypothèse, il serait possible de liciter au bénéfice de l'exception des services « transformatifs » qui emploient des œuvres mais dont l'objet principal n'est pas de les reproduire ou de les représenter, alors qu'une telle ouverture serait radicalement impossible dans la seconde hypothèse, qui se limiterait dès lors à couvrir des cas dans lesquels l'insertion de l'œuvre relève du hasard ou de l'impossibilité de faire autrement.

On notera, pour finir, que l'exception figurant dans la directive se rapporte à une insertion d'une œuvre ou objet protégé dans un « produit », sans définir précisément le contenu du terme. Il semble en résulter que la logique de l'accessoire serait amenée à jouer même lorsque l'objet contenant les œuvres n'est pas en lui-même une œuvre protégée. Ainsi le mécanisme d'éviction du monopole ne joue pas seulement entre créateurs d'œuvres protégées mais est susceptible de bénéficier à toute personne qui reprend une œuvre antérieure dans un objet quelconque, dans la mesure où cette reprise est accessoire. **Bien que l'exception de reprise fortuite ne figure pas expressément dans la liste de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, tant sa présence dans la directive que son emploi par la jurisprudence sous d'autres termes témoignent de son existence en droit français et conduisent à ouvrir une marge de liberté au regard du droit exclusif au bénéfice éventuel des auteurs d'œuvres transformatives.**

Préconisation 3. Si le législateur devait consacrer dans la loi l'exception d'inclusion fortuite déjà admise en pratique par la jurisprudence, il conviendrait de dissocier le traitement de l'exception selon que la reprise donne lieu ou non à une création transformatrice. Ainsi, l'inclusion pourrait être plus large - volontaire à condition de demeurer accessoire - dans une telle création alors que son importance devrait demeurer plus limitée - accessoire et involontaire ou contrainte - lorsqu'elle s'intègre dans un simple produit ou service (critère de l'intrication)-.

En s'intéressant toujours aux marges de manœuvres dégagées par la jurisprudence à propos de l'exercice du droit exclusif, on peut évoquer la vivification par la Cour de cassation de la logique de **rencontre fortuite ou de réminiscences issues d'une source d'inspiration commune** justifiant que soit écarté le grief de contrefaçon en dépit de la constatation de ressemblances entre deux œuvres en litige. Ainsi, au terme d'une jurisprudence déjà significative¹³², notamment après une décision de la Cour de cassation de 2006 dans l'affaire *Gipsy King*¹³³, un arrêt de la même juridiction, rendu en octobre 2013¹³⁴ « *Plus belle la vie* » a consacré la possibilité de neutraliser la contrefaçon lorsque « les

justifiant le fair use.

¹³² Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000, *Boyer c/ Béart*, *RIDA* 2001, p. 347 : la Cour d'appel a « souverainement relevé, pour écarter la contrefaçon (...) que les ressemblances entre ces deux œuvres provenaient de rencontres fortuites ou de réminiscences résultant notamment de leur source d'inspiration commune » ; plus ancien encore, Cass. crim., 7 déc. 1900, *DP* 1901, I, p. 339 ; Ann. propr. ind. 1901, p. 98 ; Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 1908, n° 555 bis. Et s'agissant des juridictions du fond : CA Paris, 25 avr. 1972, *Béguin biguine*, *RIDA* 1972, p. 221 ; 29 sept. 1978, *Noël interdit*, *RIDA* 1979, p. 179 ; TGI Paris, 30 juin 1976, *Soleil*, *RIDA* 1976, p. 186 ; CA Paris, 24 sept. 2003, *JCP* 2004, II, 113, n° 3, obs. Caron Ch. ; TGI Paris, 27 avr. 1984, *Feelings*, *RIDA* 1985, p. 192, infirmé en appel par CA Paris, 19 nov. 1985, *RIDA* 1986, p. 155 ; CA Paris, 10 janv. 1990, *D.* 1990, I.R., p. 41.

¹³³ Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2006, n° 05-11.780, *Comm. com. électr.* 2006, n° 104, note Caron Ch., p. 26 ; voir, déjà, Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000, *RIDA* 2001, p. 347 ; CA Paris, 24 sept. 2003, *JCP G* 2004, I, 113, obs. Caron Ch. ; Pollaud-Dulian F., *Contrefaçon. Variations musicales. Appréciation. Inspiration commune. Folklore. Rencontre fortuite et réminiscence. Bonne foi. Connaissance de l'existence de l'œuvre contrefaite par le contrefacteur*, *RTD com.* 2006, p. 596 ; et Daleau J., *D.* 2006, AJ, obs. p. 1532 ; et plus généralement, Martin-Hocquenghem E. et Zylberstein J.-C., *Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite*, *Comm. com. électr.* 2006, n° 4, p. 7 ; Henaff P., *Carambolages parmi les critères de la contrefaçon*, *Comm. com. électr.* 2007, n° 3, étude 6.

¹³⁴ Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2013, n° 12-25.941. ; X. Pres, *Deux moyens de défense prétoriques à l'action en contrefaçon de droits d'auteur : la rencontre fortuite et les réminiscences issues d'une source d'inspiration commune*, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2014, n°101, Allaëys P., *Contrefaçon et rencontre fortuite : la charge de la preuve incombe au défendeur*, *D.*, 21 oct. 2013, actu.

similitudes existant entre les deux œuvres procèdent d'une rencontre fortuite ou de réminiscences issues d'une source d'inspiration commune », ce qu'il appartient au défendeur à l'action de démontrer. Il est à noter qu'une telle référence ne figure nullement dans la liste des exceptions, non plus que dans la définition des droits. **Via cette reconnaissance d'une possible communauté d'inspiration, il existe par conséquent une marge de liberté au profit du créateur transformatif qui emprunte des éléments au fonds commun culturel ou qui crée en parallèle de manière spontanée un objet** présentant des ressemblances avec une autre œuvre, sans l'avoir consciemment copiée. Bien entendu, cette jurisprudence ne saurait, à elle seule, mettre à l'abri les créateurs d'œuvres transformatives des revendications d'autres auteurs estimant que les premiers leur ont emprunté des éléments de leurs propres créations. Toutefois, cette défense à l'action en contrefaçon est de nature à dissuader ce type de procédure lorsque les éléments de ressemblance se retrouvent également dans des œuvres antérieures qui ne sont plus protégées ou participent du folklore.

- *ii. La transformation, pour être soumise à autorisation préalable, doit relever du champ d'application d'un droit exclusif*

L'appréhension du phénomène de la transformation par les droits exclusifs

Absence de droit d'adaptation spécifique en droit français. La transformation d'une œuvre préexistante est susceptible de rentrer dans le champ du droit exclusif dès lors qu'elle engendre un acte d'exploitation visé par le monopole. Toutefois, le droit français manque, à cet égard, de clarté dans la mesure où une telle opération n'est pas appréhendée de manière spécifique par le Code de la propriété intellectuelle. La seule mention explicite figure à l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque.* » C'est donc sous la forme négative qu'est énoncée l'existence d'un droit exclusif couvrant les différentes modifications apportées à l'œuvre. Mais il n'est fait aucune référence à un régime particulier, sauf dans le cas où le Code précise que l'adaptation audiovisuelle doit faire l'objet d'un contrat distinct.

Contrairement à d'autres pays dans lesquels est reconnu un droit exclusif dit « d'adaptation », la législation hexagonale ne consacre pas une telle prérogative mais tend à appréhender les transformations des œuvres à travers les deux « grands droits » qu'elle identifie : le droit de reproduction et le droit de représentation. Pierre-Yves Gautier remarque que « *curieusement, le Code de la propriété intellectuelle ne dénomme ni ne régit le droit d'adaptation en tant que tel, comme il le fait par exemple pour le droit de reproduction ; sans doute parce qu'il est le dérivé des grands droits patrimoniaux. Ce qui n'empêche pas qu'il doit être cédé distinctement, conformément à l'article L. 131-3.*¹³⁵ » Il ne s'agit donc pas, en droit français, d'une prérogative autonome au regard de la définition des droits de reproduction et de représentation.

Cette construction n'est pas, a priori, contraire au droit de l'Union européenne, lequel n'est pas intervenu spécifiquement dans ce domaine pour l'ensemble des œuvres de l'esprit et n'a pas harmonisé de manière transversale le droit d'adaptation dans les Etats membres. Toutefois, si on ne trouve pas de trace d'un droit exclusif d'adaptation dans la directive 2001/29, les notions d'adaptation et de transformation sont présentes dans les directives relatives à la protection des programmes d'ordinateur¹³⁶ et des bases de données¹³⁷. Il ressort clairement de ces deux dispositions que d'une part,

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur : Article 4 /Actes soumis à restrictions

1. Sous réserve des articles 5 et 6, les droits exclusifs du titulaire au sens de l'article 2 comportent le droit de faire ou d'autoriser:

l'acte d'adaptation apparaît comme un acte de transformation de l'œuvre, sujet à autorisation préalable ; d'autre part, que ces actes sont distingués des actes de reproduction traités séparément. Le rattachement de la transformation aux droits exclusifs de reproduction ou de représentation n'apparaît pas non plus contraire aux obligations internationales découlant de la convention de Berne, qui, si elle énonce en son article 12¹³⁸, l'existence d'un droit exclusif sur les adaptations n'est pas interprétée comme obligeant les Parties contractantes à insérer un tel droit spécifique dans la taxinomie des droits. En revanche, si on retient la compatibilité par équivalent, il est nécessaire que soit assuré le droit d'autoriser ou d'interdire de l'auteur sur les actes visés par cette disposition. Par conséquent, les suggestions doctrinales visant à consacrer un droit d'adaptation sous la forme d'un simple droit à rémunération ne seraient, semble-t-il, pas compatibles avec la convention de Berne¹³⁹.

Toutefois, le flou qui entoure la notion d'adaptation en droit français et les assimilations réalisées avec la reproduction comportent des zones d'ombre qui rendent complexe le maniement du phénomène de la transformation par le droit exclusif. Ainsi, l'absence d'un droit spécifique d'adaptation soulève des difficultés quant à l'identification de la titularité des droits et à l'application des exceptions¹⁴⁰.

Il est loisible, en première approche, de rattacher le phénomène de la transformation à une reproduction partielle de l'œuvre d'origine. Il est vrai que, la plupart du temps, la réalisation même d'une œuvre transformative suppose un acte de reproduction d'œuvres antérieures. Dans la mesure où « l'adaptation » suppose l'emprunt à une œuvre originaire, elle est généralement considérée comme se rattachant au droit de reproduction ; la copie étant en quelque sorte l'élément nécessaire et préalable de l'adaptation. Selon Christophe Caron, « *dès lors, en effet, que l'œuvre transformative comporte des traces de l'œuvre d'origine, un travail de reproduction de cette dernière a été effectué. Même si le public rentre en relation avec une partie seulement de l'œuvre, il n'en demeure pas moins que le droit de reproduction est concerné, dès lors qu'elle est reconnaissable.*¹⁴¹ » Il importe peu à cet égard que la reproduction entraîne un changement de support. Le Code de la propriété intellectuelle dispose en son article L. 122-3 que la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. Cet acte de reproduction est en principe éligible au droit exclusif des titulaires de droit, sous la réserve prévue dans l'arrêt *Infopaq*, déjà évoquée, de l'absence d'originalité de la reproduction partielle de l'œuvre d'origine.

a) la reproduction permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur, en tout ou en partie, (...)
 b) la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation d'un programme d'ordinateur et la reproduction du programme en résultant, sans préjudice des droits de la personne qui transforme; (...)

¹³⁷ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données : Article 5

Actes soumis à restrictions

L'auteur d'une base de données bénéficie, en ce qui concerne l'expression de cette base pouvant faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur, du droit exclusif de faire ou d'autoriser:

a) la reproduction permanente ou provisoire, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit;

b) la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation; (...).

¹³⁸ Article 12 de la convention de Berne intitulé Droit d'adaptation, d'arrangement et d'autres transformations, selon lequel : « Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs œuvres. » En ce sens, J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, note 239, n° 355.

On notera que dans la liste des actes visés par ces dispositions on trouve également la traduction, qui fait l'objet d'une disposition spéciale – l'article 8- dans la convention de Berne.

¹³⁹ Rapport Triaille, The Berne Convention does not explicitly authorize Member States to provide for exceptions to the adaptation right but it is generally recognized that they may provide for an exception for parodies and caricatures, which are then to be considered as "excused adaptations", p. 461.

¹⁴⁰ Voir infra. Même si l'Union n'est pas membre de la convention de Berne, les articles 1 à 21 de cette convention s'appliquent au titre des renvois vers ces dispositions effectués par le traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 et des accords ATRIPS dont elle est membre.

¹⁴¹ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^{ème} éd., n° 309.

Une deuxième appréhension de la transformation, complémentaire de la première, peut être réalisée à travers le droit exclusif de représentation de l'œuvre première. Le rattachement de la transformation à la reproduction ne va de soi que dans la limite où elle implique une « fixation matérielle » de l'œuvre d'origine dans le contenu nouveau. Toutefois, il est des situations dans lesquelles la transformation ne s'accompagne d'aucune fixation. On peut ainsi imaginer la modification d'une chorégraphie lors d'une représentation publique. Ici l'œuvre d'origine n'est pas à proprement parler « fixée » dans une œuvre seconde. La transformation s'opère pendant l'acte de communication au public de l'œuvre. C'est au regard du droit de représentation que la qualification de droit exclusif devrait en principe être retenue. Certaines adaptations s'opèrent par ajout et ne supposent pas la fixation de l'œuvre préexistante mais impliquent seulement sa présence ; ainsi de la mise en lumière d'une œuvre architecturale. Il n'y a pas véritablement de reproduction de l'œuvre première dans une œuvre seconde mais simplement communication au public d'un élément créatif qui vient s'ajouter à l'œuvre première, elle-même représentée. On peut même aller plus loin et suggérer que les circonstances dans lesquelles l'œuvre est communiquée au public sont de nature, même si l'œuvre est inchangée dans son intégrité, à transformer la perception de cette œuvre et à réaliser un usage transformatif, voire une création transformative. Toutefois, une telle hypothèse se rapproche sans doute davantage de la notion d'interprétation de l'œuvre première que de celle de transformation s'il n'y a pas de modification perceptible de la forme de l'œuvre. Enfin, le droit de représentation de l'auteur de l'œuvre première peut être concerné lorsque l'œuvre transformative fait elle-même l'objet d'une représentation.

Une troisième lecture consiste à mettre l'accent sur la modification de l'œuvre d'origine, son « adaptation ». Si l'on se réfère à la perception qu'en retenait Desbois dans son traité¹⁴², l'adaptation constitue la reprise d'une œuvre dans un genre différent, comme par exemple l'adaptation cinématographique d'un roman. Dans ce cas, il n'y a aucune véritable fixation matérielle de l'œuvre dans son état d'origine ; le travail est plus subtil puisqu'il s'agit de transposer dans une autre écriture artistique une œuvre déjà exprimée. La forme d'énonciation de l'œuvre diffère absolument et il est délicat de qualifier cette opération de reproduction puisque, par essence, en changeant de genre, la forme externe de l'œuvre n'est pas reprise. Une image ne constitue jamais la reproduction d'une séquence de mots et le plan de l'entrée du bateau dans *La mort à Venise* de Visconti n'est certainement pas une « reproduction » du roman de Thomas Mann. Il existe donc une limite à l'analogie avec le droit de reproduction. Sauf à avoir recours à la notion de forme interne de l'œuvre¹⁴³, qui permet d'identifier la permanence du noyau dur d'une œuvre, indifférent aux types de dérivation dont elle fait l'objet, la notion de reproduction semble parfois malhabile à couvrir les adaptations. Ainsi, la jurisprudence a pu juger qu'une « *chanson, œuvre communiquée au public par des sons et des paroles, ne peut matériellement constituer une reproduction d'un modèle de poupée, œuvre relevant de l'art plastique*¹⁴⁴ ». Cette appréhension de la transformation pose la question du seuil de déclenchement du droit exclusif. Quand la transformation est si importante que c'est seulement l'idée de l'œuvre qui est conservée et non sa forme, l'adaptation doit en principe échapper à l'autorisation de l'auteur de l'œuvre ayant servi de support à sa création autonome.

Mais la notion d'adaptation peut être appréhendée de manière différente, comme le propose Pierre-Yves Gautier, qui considère qu'elle consiste à « *faire usage d'une œuvre première, afin d'en tirer une œuvre seconde*¹⁴⁵ ». C'est en général sous cette approche ample que le terme d'adaptation est retenu en droit français. Dans ce cas, l'adaptation peut couvrir l'ensemble des opérations qui impliquent une œuvre existante dans la réalisation d'une œuvre nouvelle : reprise partielle, juxtaposition, collage, commentaire critique, analyse, déclinaison, etc. Toutefois, la formule employée par le professeur Gautier suppose qu'un acte de création accompagne la reprise ; il s'agit d'ajouter ou de retrancher

¹⁴² Desbois, *Le Droit d'auteur*, n° 89.

¹⁴³ Ph. Gaudrat, Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit, in *Propriétés intellectuelles*, Mélanges André Françon, Dalloz, 1995, p. 195.

¹⁴⁴ TGI, Paris, 31^{ème} ch., 9 janvier 1990, *JCP G* 1990, I, 3478, obs. Edelman.

¹⁴⁵ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Droit fondamental, 8^{ème} éd., n° 585.

quelque chose à l'œuvre qui conduise à une œuvre à part entière, distincte de la première et reconnue en tant que telle. Cette qualification paraît ici induire un degré particulier d'exigence ; l'acte d'adapter devrait conduire nécessairement à la création d'une œuvre nouvelle. Il se distingue de l'acte qui consiste simplement à insérer l'œuvre d'origine dans un produit ou service, équivalent à un usage transformatif de l'œuvre mais non à une adaptation au sens susdécris. On saisit toutefois le malaise qui entoure l'appréhension de l'adaptation par le droit français lorsque la doctrine fait référence à la notion d'usage de l'œuvre, laquelle ne constitue pas en soi un acte d'exploitation saisi par les droits patrimoniaux « classiques ».

Préconisation 4. En l'absence de détermination claire par le droit français de la notion d'adaptation, c'est à partir du critère de la perceptibilité par le public de l'œuvre première dans l'œuvre seconde qu'on propose de situer le point de départ de l'exercice du droit exclusif des auteurs de l'œuvre première ; c'est en effet à raison de l'existence d'une communication au public de l'œuvre, laquelle a été perçue comme telle par le public, que devrait se déclencher le seuil d'application du droit exclusif. Ainsi, la transformation de l'œuvre première ne serait soumise à l'autorisation des auteurs des œuvres reprises que si elle fait l'objet d'une communication au public dans une forme qui permet son identification.

Le caractère dual de la transformation au prisme des différents titulaires des droits patrimoniaux et des droits moraux

Une autre source de difficulté relative à l'appréhension de la transformation par le droit français tient à ce que l'adaptation sollicite simultanément l'application des droits patrimoniaux et des droits moraux. En effet, la modification de l'œuvre d'origine engendrée par la transformation est également saisie par le droit moral et notamment le droit à l'intégrité de l'œuvre, qui confère à son titulaire une défense contre les altérations qui peuvent être réalisées. **Par conséquent, la conception française du droit d'adaptation apparaît hybride : rattachée de manière implicite à la sphère des droits patrimoniaux, elle est également liée à l'exercice du droit moral.** Cette analyse n'est pas sans poser d'épineuses questions pratiques. Ainsi, nonobstant la possibilité de cession du droit d'adaptation en tant que droit patrimonial, le processus de transformation demeure sujet au contrôle de l'auteur originaire ou de son ayant cause au titre du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre. L'arrêt *Les Misérables* rendu par la Cour de cassation montre la césure entre ces deux mécanismes susceptibles de se cumuler à raison de la même situation de fait : le droit d'adaptation qui couvre la suite d'une œuvre relève des droits patrimoniaux et ne dure pas au delà du monopole cependant qu'est maintenue la réserve du respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée.

Cette ambivalence explique en partie le système des apports effectués auprès des sociétés de gestion collective, lesquelles ne reçoivent pas nécessairement le droit d'adaptation, alors qu'elles sont la plupart du temps gestionnaires à titre exclusif des droits patrimoniaux de leurs membres : le droit d'adaptation est conservé par l'auteur, ou par ce dernier et l'éditeur, ou encore fait l'objet d'un apport distinct¹⁴⁶ du droit de reproduction. Cette situation est source de tensions entre les titulaires et engendre des difficultés d'identification de la chaîne des droits pour les utilisateurs.

La question est particulièrement vive en matière musicale, à propos de ce qu'on appelle le « droit de synchronisation » ou le « droit de fragmentation » relatif aux pratiques d'ajout de musique à une œuvre audiovisuelle – surtout en matière de spots publicitaires-. Les éditeurs considèrent qu'ils demeurent titulaires du droit de sonoriser des œuvres audiovisuelles et que de tels droits ne sont pas apportés à la SACEM/SDRM, tandis que la société de gestion collective estime qu'elle détient ces droits, sous réserve du droit moral. La jurisprudence et la doctrine sont partagées¹⁴⁷ ; certains estimant

¹⁴⁶ Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^{ème} éd., n° 900.

¹⁴⁷ Contre cette distinction, Lucas, op. cit., n° 900 : la théorie dite du droit de synchronisation ou du droit de fragmentation (...) est artificielle et doit être résolument récusée. En ce sens, CA Paris, 4^e ch., 29 mai 2002,

qu'un tel acte relève de la reproduction, d'autres qu'elle s'en démarque. Dans l'état actuel du droit, il semble qu'on parvienne à la ligne d'interprétation suivante :

- si l'œuvre musicale n'a pas subi de transformation, de modification ou d'arrangement, alors son transfert sur support audiovisuel constitue une reproduction autorisée par la SACEM/SDRM¹⁴⁸ ;
- en revanche, si cette incorporation a nécessité des modifications, il s'agit d'une adaptation exigeant, outre l'accord de la société de gestion collective pour la reproduction, le consentement de l'éditeur.

S'agissant de la distinction entre le droit de reproduction mécanique d'une œuvre musicale et le droit de reproduction graphique, à propos de la reproduction des paroles d'une chanson dans un karaoké, les choses sont désormais un peu plus claires depuis que la Cour de cassation a, au visa de l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle, jugé que « *la reproduction graphique du texte d'une œuvre protégée s'entend de la communication de celui-ci au public, quels que soient le support sur lequel il s'inscrit et les modes de transmission utilisés à cette fin* », et relève des droits de l'éditeur et non de la SDRM¹⁴⁹. Enfin, l'éditeur peut être amené à donner son autorisation au titre de la réalisation d'une œuvre composite consistant dans l'association d'une œuvre musicale et d'une œuvre audiovisuelle.

Un malaise persistant sur la catégorie du droit d'adaptation. En l'état actuel du droit français, le droit d'adaptation dispose d'un périmètre incertain et constitue essentiellement un droit exclusif innommé, dont la mise en œuvre se détermine au gré de la liberté contractuelle, sauf les rares dispositions d'ordre public obligeant que la cession portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle fasse l'objet d'un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée¹⁵⁰. **Cette configuration, notamment liée aux entrecroisements éventuels avec les droits moraux engendre une complexité certaine, résultat de la difficile identification des titulaires de droits et de l'éventuel cumul d'application des autorisations.**

Les mécanismes d'obtention des autorisations

A supposer que l'acte de transformation entre dans le champ d'application d'un droit exclusif, le

RIDA 4/2002, p. 235 ; CA Versailles, 1^{re} ch., 15 mai 2008 ; CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 octobre 2009 *SA Canal + c/ Chambre syndicale de l'édition musicale* pour les bandes-annonces TV ; CA Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 15 mai 2008, *TPS Sport c/ Mirwais* : Considérant qu'il sera rappelé encore que le droit de synchronisation invoqué par les intimés, n'a pas de reconnaissance légale en France et ne se distingue pas du droit de reproduction ; qu'il en est de même d'un prétendu droit spécifique d'incorporation, la licéité de l'acte d'incorporation étant appréciée au regard du droit de reproduction. Toutefois, CA Paris, 19 septembre 2001, *Orphée c/ cohérie Brel, Editions Pouchenel et Warner Chapell* estimant que « *l'intégration dans une œuvre cinématographique ou audiovisuelle d'une composition musicale implique que le consentement de l'auteur, de l'éditeur ou de toute autre ayant cause ou ayant droit détenant un droit sur la composition concernée ait été recueilli* » ou encore CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 19 mars 2010 *SARL Saga Communication c/ Cie Nationale Royal Air Maroc et Universal*, inédit : sonorisation d'une bande-annonce publicitaire qui avait nécessité de légères modifications apportées à l'œuvre musicale notamment à son orchestration.

¹⁴⁸ Par exemple, CA Versailles, 15 mai 2008, *Mirwais Ahmadzai et 1000 Lights Limited c/ TPS Sport et SACEM-SDRM* a estimé, à propos d'une œuvre musicale préexistante incorporée dans une bande annonce audiovisuelle, que : « *Il n'y a pas eu de fusion entre l'œuvre préexistante et l'œuvre nouvelle faisant disparaître la première mais seulement juxtaposition d'une musique sur des images* » pour en conclure que : « *En l'absence de toute transformation ou fusion, le simple transfert d'une musique sur un support audiovisuel ne constitue pas une adaptation relevant d'un droit dérivé mais la mise en œuvre du droit de reproduction mécanique dont la gestion est dévolue à la SDRM* » ou encore, CA Paris, 23 octobre 2009, « BOA », « *l'œuvre Boa n'ayant pas subi de transformation, de modification ou d'arrangement, son transfert sur un support audiovisuel, pour servir de fond sonore, ne constituait pas une adaptation - droit dérivé que conservent les auteurs - mais une reproduction.* »

¹⁴⁹ C. Cass., 1^{ère} civ., 13 novembre 2003, *RIDA* 2/2004, p. 283 ; *JCP G* 2004, II, 10000, note C. Caron.

¹⁵⁰ Article L. 131-3 al. 3 du Code de la propriété intellectuelle.

principe suppose que son auteur demande **l'autorisation avant de se livrer à l'exploitation de l'œuvre**. Il convient de noter ici que le Code de la propriété intellectuelle, tout en consacrant une catégorie ad hoc, dite d'œuvre composite dans ses dispositions, n'en tire aucune conséquence concrète du point de vue du régime de l'autorisation préalable. Selon l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle, « *est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* » et le code d'ajouter, pudiquement, en son article L. 113-4 que « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante.* » Ainsi, on considère en principe, à propos de ces œuvres qu'il n'existe aucun aménagement du droit exclusif des auteurs des œuvres antérieures par rapport au régime de droit commun. Autrement dit, le mécanisme de l'autorisation préalable n'est pas différent selon que cette dernière a trait à une exploitation pure et simple de l'œuvre d'origine en tant que telle ou qu'elle conduit à une transformation. Sauf à travers certaines exceptions, la loi n'a prévu aucun aménagement particulier au bénéfice des créateurs d'œuvres transformatives, qui sont sur ce plan traités de la même manière que les exploitants de l'œuvre première.

D'un point de vue légal, **le titulaire de droits a la possibilité d'autoriser la transformation, à titre gratuit comme à titre onéreux ou encore de refuser**. De cet énoncé simple découlent plusieurs conséquences qui le sont moins.

- *Identification des auteurs et « localisation des droits »*

En premier lieu, il s'agit **d'identifier les ayants droit, afin de demander à la personne idoine l'autorisation requise**. Pour les raisons préalablement indiquées, il n'est pas toujours simple de savoir à qui s'adresser pour demander l'autorisation d'exploitation, d'autant que les droits patrimoniaux sont cessibles et que la traçabilité des cessions n'est pas toujours aisément accessible. Ainsi, la recherche du bon titulaire peut s'avérer difficile en pratique. Cette tâche est souvent facilitée par l'existence **des sociétés de gestion collective** qui représentent un grand nombre d'auteurs dans les répertoires qu'elles administrent et délivrent les autorisations au regard des droits dont elles ont la charge. Toutefois, en l'état, ce mécanisme de facilitation des autorisations ne joue pas à plein à l'égard des créations transformatives, en raison du flou entourant le régime des apports pour le droit d'adaptation.

La difficulté d'obtenir une autorisation redouble en présence d'une **œuvre orpheline**, c'est-à-dire en substance d'une œuvre dont il s'avère impossible de retrouver les titulaires, au terme d'une recherche diligente. Toutefois, en ce domaine, le droit français, sous l'influence de la récente directive du droit de l'Union, est en train de mettre en œuvre un mécanisme de rationalisation des autorisations¹⁵¹. Sur ce point, le sort des auteurs d'œuvres transformatives réalisées à partir d'œuvres orphelines n'est pas envisagé de manière spécifique dans l'opération de transposition. Ils obéissent aux mêmes règles que celles qui sont prévues pour l'exploitation pure et simple de ces œuvres orphelines.

Les licences « libres » constituent un autre moyen de faciliter la recherche des titulaires et des autorisations délivrées. En effet, des centaines de milliers d'auteurs ont recours à ces modèles contractuels standardisés facilement accessibles sur internet pour renseigner les utilisateurs sur les modalités d'utilisation de leurs œuvres, le plus souvent en accordant unilatéralement des libertés d'usage, de modification et d'exploitation à leur bénéfice. Ces licences ont notamment fait l'objet d'un précédent rapport du CSPLA auquel on pourra utilement se reporter et qu'il ne convient pas de reprendre ici. **Elles constituent un système attractif, notamment lorsqu'elles sont couplées avec des méta-données permettant de suivre le sort des œuvres et le régime des droits**, facilitant par exemple leur recherche rapide via les moteurs de recherche.

Leur usage n'est toutefois pas exempt de complexité juridique et ne rime pas systématiquement avec une exploitation libre et gratuite pour l'utilisateur. Certaines licences, telle que la licence *Art Libre* visent à consacrer, sous conditions, un abandon irréversible de la revendication d'un droit exclusif

¹⁵¹ V. le rapport de la mission d'Olivier Japiot sur le site du CSPLA.

quelle que soit l'utilisation subséquente – commerciale ou non, transformative ou non- qui serait faite de l'œuvre. En revanche, dans les licences *Creative Commons* est opérée une distinction entre les usages commerciaux et non-commerciaux, ou encore entre la mise à disposition ouverte à la transformation et celle qui ne l'est pas. Ainsi, lorsque l'usage commercial est réservé par l'auteur, la licence cède le pas à une demande d'autorisation « classique » ; si la licence prévoit que la modification n'est pas possible, il faudra revenir vers le/les ayants droit pour leur demander une autorisation spécifique. Certaines licences libres créent également d'autres sujétions ; elles sont dites « *copyleft* » c'est-à-dire qu'elles obligent les personnes qui ont fait usage d'une œuvre sous leur égide à « reverser » la contribution modifiée aux mêmes conditions. Ainsi, l'auteur de l'œuvre transformative qui emprunte des éléments d'œuvres mis à disposition sous de telles conditions accepte de renoncer au libre exercice de son droit exclusif sur sa propre création.

Les systèmes de licences « libres », comme leurs noms ne l'indiquent pas, comportent certaines contraintes liées aux conditions contractuelles auxquelles les auteurs de la chaîne de création acceptent de se soumettre. Il convient, par conséquent, d'éveiller l'attention des créateurs sur l'existence de ce cadre juridique particulier, lequel doit par ailleurs se combiner avec les dispositions d'ordre public des Etats dans lesquels l'exploitation de l'œuvre transformative a lieu. Ce rappel s'impose d'autant plus lorsque les créateurs sont des « amateurs » qui ignorent en général le détail des conditions contractuelles et les subtilités des législations applicables. Ainsi, en droit français, l'impossibilité de renoncer de manière anticipée et générale à son droit moral (voir infra) doit être respectée, y compris si certaines licences comportent une telle renonciation. Il faut cependant souligner qu'en dépit d'un éventuel risque de contradiction entre les termes contractuels des licences et la législation nationale, le contentieux est presque inexistant, ce qui s'explique essentiellement par la cohérence de l'engagement pris par ceux qui ont recours aux licences libres et qui entendent adhérer à cette philosophie.

- *Caractère onéreux ou gratuit de l'autorisation*

La seconde conséquence attachée au droit exclusif tient à la capacité de l'auteur prévue à l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle de céder le droit de reproduction ou de représentation à titre gratuit ou à titre onéreux. **L'autorisation est susceptible d'être donnée en contrepartie du paiement d'un prix, lequel est en principe proportionnel aux recettes d'exploitation ou, par exception, forfaitaire¹⁵². L'auteur peut également délivrer une autorisation à titre gratuit**, ainsi qu'est venue le rappeler la loi DADSI dans l'article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle au terme duquel « *L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues.* » La soumission de l'opération de transformation au droit exclusif ne lui confère donc pas un caractère nécessairement onéreux. Les auteurs seront plus enclins à accorder la gratuité lorsque le contexte d'exploitation de leurs œuvres est dépourvu de caractère commercial ou marchand mais la décision leur revient en définitive. Ainsi, le caractère altruiste peut s'étendre aux

¹⁵² Article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle

La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation.

Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :

1° La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;

2° Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;

3° Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ;

4° La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ;

5° En cas de cession des droits portant sur un logiciel ;

6° Dans les autres cas prévus au présent code.

Est également licite la conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuités forfaitaires pour des durées à déterminer entre les parties.

exploitations commerciales mais l'auteur est également libre de soumettre son autorisation au paiement d'un prix, quand bien même les conditions de réutilisation de son œuvre ne sont pas commerciales. Ce dernier cas de figure correspond en général aux hypothèses visées par le forfait.

- *Refus d'autorisation*

Enfin, la troisième dimension du droit exclusif est relative à la possibilité pour le titulaire de droits de **refuser l'autorisation d'exploitation**. Cette faculté constitue une dimension du monopole légal qui permet au titulaire d'exploiter seul, de choisir ses cocontractants ou encore de ne pas exploiter son œuvre, définitivement ou temporairement. Dans ce cas de figure, le candidat à l'autorisation se trouve dans l'obligation de renoncer à son projet d'exploitation d'une création transformative, sauf à pouvoir exciper d'une exception.

Il existe cependant **le correctif de l'abus de droit** mais sa mise en œuvre est délicate puisqu'elle suppose qu'on rapporte judiciairement la preuve que ce refus est abusif. La rareté des précédents ainsi que le caractère complexe de la mise en œuvre invitent à limiter cette hypothèse à des circonstances exceptionnelles. Ainsi, en droit de la concurrence, on a pu noter quelques décisions dans lesquelles la Cour de Justice de l'Union a considéré le refus de licence du titulaire de droit illégitime car il faisait obstacle à la création d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs (arrêt *Magill*¹⁵³, à propos d'un journal de télévision reproduisant des grilles de programmes, arrêt *IMS Health*¹⁵⁴ à propos d'un système de reporting de données pharmaceutiques) ou lorsque le refus limite l'interopérabilité de l'œuvre avec d'autres solutions existant sur le marché (arrêt *Microsoft*). Toutefois, le jeu de la théorie des facilités essentielles demeure extrêmement limité en droit français et européen et intéresse souvent des enjeux industriels à propos d'objets protégés à fort contenu « informationnel ». Sa mise en œuvre contentieuse est au demeurant extrêmement complexe et peu en phase avec les aspirations d'auteurs d'œuvres transformatives dans le champ artistique.

Contrairement au droit des brevets, il n'existe en droit d'auteur français aucune obligation d'exploitation mise à la charge du titulaire qui puisse conduire à le forcer à délivrer une licence lorsqu'il n'exploite pas l'œuvre lui-même ou lorsqu'il existe des inventions de dépendance. De tels mécanismes de licences obligatoires obéissent en principe à l'idée que le titulaire n'utilise pas suffisamment les potentialités ouvertes par son invention et qu'une autre personne sera plus à même

¹⁵³ CJCE, 6 avril 1996 *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission des Communautés, dit Magill*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-00743, concl. Gulman, A. Kéréver, *RIDA* 1995 n° 165, p. 166 ; C. Carreau, Droit d'auteur et abus de position dominante : vers une éviction des législations nationales ? (A propos de l'affaire Magill), *Europe* 1995 Juillet Chron. n° 8, p. 1 ; A. Françon, *RTDCom* 1995 p. 606 ; M. Vivant, La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (A propos de l'arrêt Magill de la Cour de justice), *JCP* éd. G. 1995 I 3883 ; L. de Gaulle, Les droits nationaux de propriété intellectuelle à l'épreuve du droit communautaire, A propos de l'affaire "Magill", *RJDA* août-sept. 1995, p. 735 ; J.-B. Blaise et C. Robin-Delaine, *Rev. Aff. Europ.* 1995 n° 3, p. 107 ; J.-B. Blaise, L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des facilités essentielles, *D. Aff.* 1996, n° 28, p. 859 ; G. Bonet, *RTDE* 1995, p. 835 ; H. Calvet, Th. Desurmont, L'arrêt Magill : Une décision d'espèce ?, *RIDA* 1996 n° 167, p. 2 ; B. Edelman, L'arrêt Magill : une révolution ? (à propos de l'arrêt de la CJCE du 6 avril 1995), *D.* 1996 Chr., p. 119 ; M.-A. Hermitte, *JDI* 1996, p. 530 ; N. Mallet-Poujol, Marché de l'information : le droit d'auteur injustement tourmenté, *RIDA* avr. 1996, n° 168, p. 93.

¹⁵⁴ CJCE 29 avril 2004, aff. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG et NDC Health GmbH & Co. KG*, *Rec.* p. I-05039 *E. Derclaye*, L'arrêt *IMS Health* - Une décision clarificatrice et salutaire tant pour le droit de la concurrence que pour le droit d'auteur, *Auteurs & Médias*, n° 4/2004, V.-L. Benabou, *IMS : Propr. Intell.* 2003, n° 3, p. 117 ; *Propr. Intell.*, chron Transversales, juillet 2004, n° 12, p. 821 ; C. Zolinsky, *Rev. Aff. Europ.* 2003-04, p. 463 ; S. Poillot-Peruzzetto, La Cour protège les droits de propriété intellectuelle dans le conflit entre droit de propriété intellectuelle et droit de la concurrence, *Cont. Conso.* 2004 n° 128, p. 19 ; G. Bonet, Propriétés intellectuelles, Revue trimestrielle de droit européen 2004, p. 691-706 ; C. Prieto, *JDI* 2005 p. 441 ; H. Meinberg, From Magill to IMS Health: The New Product Requirement and the Diversity of Intellectual Property Rights, *EIPR* 2006, p. 398.

de le faire, notamment en recombinaison cette création avec de nouveaux éléments. Ils sont généralement déclenchés après un constat de carence dans le chef du titulaire originaire et moyennant une rémunération. Le droit d'auteur préfère recourir à la notion d'exception, le cas échéant rémunérée, plutôt qu'à la logique de la licence obligatoire. Bien que structurellement différentes, ces figures juridiques conduisent néanmoins à des résultats voisins. C'est donc essentiellement par le truchement de la mise en œuvre des exceptions que l'auteur d'une création transformative pourra surmonter l'hostilité du titulaire envers son projet.

2.2.1.2. Transformation et droit moral

Il est établi, en droit français, que la reprise d'une œuvre ne peut pas porter atteinte au droit de divulgation, au droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre et au droit à la paternité de son auteur. Par ailleurs, le droit de repentir¹⁵⁵ permet à l'auteur de revenir sur son choix de publication d'un contenu. Au plan international, il existe peu de dispositions relatives au droit moral, mises à part l'article 6 bis de la convention de Berne, l'article 5 du traité de l'OMPI sur la protection des prestations et phonogrammes de 1996 et l'article 5 du traité de Pékin sur la prestation des artistes interprètes de l'audiovisuel. En revanche, le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, les accords de l'OMC relatifs à la propriété intellectuelle (ADPIC) et les directives européennes excluent le droit moral de leur champ d'application. Contrairement au droit international, le droit français n'exige pas pour la mise en œuvre du droit moral qu'il y ait eu une atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Au contraire, on admet en principe, que notamment durant la vie de l'auteur, le droit moral peut être exercé sans risquer de se voir opposé l'abus de droit, même si la doctrine s'accorde sur le fait que l'exercice du droit doit toujours s'inscrire dans la finalité qui est la sienne¹⁵⁶.

La transformation d'une œuvre est susceptible de poser des difficultés du point de vue des droits moraux. D'une part, la violation de ces prérogatives est passible des sanctions pénales de la contrefaçon ; d'autre part, leur inaliénabilité et leur perpétuité compliquent la position de l'utilisateur quant à l'anticipation de ses marges de manoeuvre. Ainsi, la renonciation unilatérale à faire valoir son droit est limitée par la jurisprudence, notamment par un arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire dite « *On va s'aimer* »¹⁵⁷ qui prohibe les renonciations globales et anticipées, laissant place à la seule « renonciation » spécifique qui suppose que l'auteur soit pleinement informé du projet relatif à son œuvre et puisse, en toute connaissance de cause, donner une assurance qu'il ne s'y opposera pas.

Il est apparu lors des auditions que nombre des personnes consultées avaient une représentation erronée du droit moral, notamment pour en surestimer l'effet de blocage vis-à-vis de la transformation. Il est, à notre sens, important de souligner que le droit moral constitue **une défense de l'auteur contre une atteinte à certaines prérogatives** que la loi a entendu consacrer à son bénéfice et non un droit requérant systématiquement de celui qui utilise l'œuvre une autorisation préalable. Il convient de rentrer plus avant dans la définition desdits droits pour préciser l'étendue du pouvoir du titulaire afin d'en restituer la réalité.

➤ Transformation et divulgation

Transformation et divulgation. L'auteur (puis à sa mort ses héritiers) a seul le pouvoir de décider s'il va « livrer » l'œuvre au public, ou s'il souhaite en limiter la connaissance à son cercle restreint de proches, voire à sa seule personne. Ce pouvoir se traduit juridiquement par le droit de divulgation figurant à l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle et consacre l'empreinte symbolique de la figure de l'auteur dans la loi. Dès avant sa consécration légale, la jurisprudence l'avait déjà

¹⁵⁵ Les modalités d'exercice de cette prérogative ne correspondant pas véritablement au cadre de la création transformative, il ne nous paraît pas nécessaire de développer l'analyse de ce droit dans le présent rapport.

¹⁵⁶ Caron, Abus de droit et droit d'auteur, Litec, 1998.

¹⁵⁷ C. Cass, Civ. 1^{ère}, 5 décembre 2006.

reconnu, notamment dans l'arrêt *Camoin*¹⁵⁸ au terme duquel les juges avaient estimé que « *la propriété littéraire et artistique comporte pour celui qui est titulaire un droit qui n'a rien de pécuniaire, mais qui, attaché à la personne même de l'auteur ou de l'artiste, lui permet, sa vie durant, de ne livrer son œuvre au public que de la manière et dans des conditions qu'il juge convenables.* » Il n'appartient pas aux investisseurs de forcer la diffusion de l'œuvre¹⁵⁹, quand bien même ils en auraient payé la réalisation, pas plus que le public ne peut méconnaître la volonté exprimée de l'auteur de ne pas communiquer son œuvre à tous. En revanche, lorsque cette décision a été adoptée par l'auteur, la prise de connaissance de l'œuvre par autrui est, par nature, irréversible. Ainsi, dès lors que la divulgation est intervenue, le public des amateurs peut faire un usage intellectuel de l'œuvre et en retirer la quintessence. Si un débat doctrinal prospère sur la notion d'épuisement du droit de divulgation, il ne modifie en rien cette réalité du caractère nécessairement irréversible du fait de divulgation.

A fortiori, une transformation ne peut intervenir que sur une œuvre qui a été régulièrement divulguée avec le consentement de son auteur. Si tel n'est pas le cas, l'auteur de la transformation encourt les sanctions de la contrefaçon pour avoir procédé à la divulgation, même partielle de l'œuvre à rebours de la volonté de son auteur, par exemple, lorsque les créateurs d'œuvres transformatives incorporent des objets inédits sans avoir consulté l'auteur. Ainsi, les pratiques dites de *fanfootage* (« enregistrement trouvé ») utilisées en cinéma, ou encore *d'outtakes* (chansons rejetées pour un album) sont susceptibles d'être sanctionnées au titre de la violation du droit de divulgation s'il n'était pas dans l'intention des auteurs originaux de communiquer ces œuvres au public. Plus délicate est la question des *bootleg* consistant en la reprise de captation de morceaux de musique lors des concerts, puisque par hypothèse l'œuvre a été divulguée lors de ces concerts mais n'avait pas vocation pour autant à être rediffusée par les spectateurs. Selon qu'on retient ou non l'épuisement du droit de divulgation, on traitera cette question comme relevant des seuls droits patrimoniaux ou du droit moral.

Le droit français reconnaît **le primat de la volonté de l'auteur de l'œuvre première de ne pas divulguer sur celle de l'auteur de l'œuvre seconde de divulguer l'œuvre d'autrui**. Si cette situation peut paraître asymétrique dans la mesure où elle limite la capacité de reprise, elle constitue toutefois une garantie conférée à tous les auteurs que personne ne peut les forcer à révéler publiquement une œuvre dont ils ont entendu qu'elle demeure intime. L'œuvre non divulguée est celle qui ne s'est pas pleinement détachée de la personne de son auteur, lequel n'a pas entendu l'exposer au regard des tiers et le droit français entend que cette volonté soit respectée. **Ainsi, ce n'est pas parce que l'objet physique a été abandonné par son auteur, voire jeté à la poubelle que le droit moral s'est éteint**¹⁶⁰. **Tout au contraire, la volonté de ne pas divulguer l'œuvre peut être déduite des circonstances dans lesquelles l'œuvre a été rejetée par son auteur.**

Il ne faut néanmoins pas surestimer la portée de la règle d'interdiction. Ainsi, le droit de divulgation ne pourra être opposé que si l'œuvre reprise est identifiable. Or, la plupart du temps, les pratiques de collage matériel ou numérique réduisent l'œuvre à un simple matériau dont les éléments récupérés ne suffisent pas à réaliser cette identification. Par ailleurs, la faiblesse du contentieux en ce domaine accreditte l'idée que les auteurs sont en général « tolérants » à l'égard de ces pratiques lorsqu'elles émanent de créateurs, le droit de divulgation servant surtout dans des contentieux opposant l'auteur à l'exploitant ou au propriétaire du support matériel. En outre, dans l'essentiel des cas, la question de la divulgation préalable ne se pose pas : les usages numériques reposent sur des œuvres qui ont d'ores et déjà été volontairement mises en circulation par leurs auteurs. Par conséquent, **en pratique, le droit de divulgation ne constitue pas un obstacle à la création transformative dès lors que l'œuvre a été d'ores et déjà diffusée ; il est en revanche susceptible de paralyser les créations faites à**

¹⁵⁸ CA Paris, 6 mars 1931, *DP* 1931, 2, p. 88, note Nast.

¹⁵⁹ C. Cass. Civ. 14 mars 1900, *Whistler*, *DP* 1900, 1, p. 497, rapp. Rau, concl. Desjardins et note Planiol, *S.* 1900, 1, p. 489 justifiant le refus du peintre de livrer la peinture qui lui avait été commandée.

¹⁶⁰ La divulgation ne résulte pas de l'abandon de toiles par un peintre sur la voie publique (voir arrêt *Camoin* précité), ni dans une cave ; CA Paris, 1^{re} ch., 10 septembre 2001, *Com. Com. électr.* 2002, comm. 95, note C. Caron ; *Propri. Intell.* 2002, n° 3, p. 56, obs. A. Lucas.

partir d'éléments d'œuvres inédits. Dans ce cas, la réutilisation de l'œuvre peut se heurter au refus de divulgation opposé par l'auteur ou par ses héritiers, et ce de manière perpétuelle¹⁶¹.

➤ *Droit à la paternité*

S'agissant du droit à la paternité, qui impose à toute personne faisant une utilisation publique de l'œuvre de respecter l'envie de l'auteur d'être ostensiblement reconnu comme tel ou au contraire de ne pas l'être, son exercice ne pose pas de problème spécifique à l'œuvre transformative. Toute personne qui « prend de l'auteur » se doit de le citer au sein de cette reprise. Le principe s'applique même si la contribution de l'auteur se fond dans une œuvre de collaboration ou une œuvre collective. L'indication du nom est également expressément requise pour les analyses, citations et revues de presse. En revanche, l'obligation cesse là où l'emprunt à l'œuvre première est trop minime pour être regardé comme une reproduction même partielle¹⁶². La plupart du temps, la jurisprudence comme la pratique sont accomodantes sur les modalités concrètes de cette obligation qui se réalise essentiellement au regard des usages. La doctrine également atteste de l'existence de marges de manœuvre à ce propos. Ainsi, le traité des Lucas estime que « *Tout emprunt illicite non avoué à une œuvre antérieure ne met pas en cause le droit à la paternité. La Cour de cassation a certes décidé que « le fait de reproduire totalement ou partiellement l'œuvre d'autrui en s'en appropriant la paternité » porte nécessairement atteinte au droit moral de l'auteur.*¹⁶³ Mais l'affirmation est trop péremptoire pour emporter la conviction. Le fait de représenter ou de reproduire purement et simplement, sous son propre nom, une œuvre créée en réalité par une tierce personne viole certes le droit à la paternité de celle-ci. Le raisonnement est plus difficile à tenir en cas de contrefaçon partielle, et défie même la logique lorsque l'emprunt querellé ne porte pas sur la forme au sens étroit, mais par exemple sur la composition de l'œuvre première. »

Il n'y a pas de spécificité particulière à propos des créations transformatives, si ce n'est l'éventuelle difficulté de créditer un nombre important d'auteurs lorsque le processus de création transformative implique une multitude d'œuvres préexistantes issues d'auteurs différents. Il s'agit, à notre sens, surtout d'un problème d'échelle qui peut être résolu par les usages, à l'instar de la pratique des génériques cinématographiques, ou par la technique (méta-tags, liens) et qui ne justifie par qu'on modifie le principe.

➤ *Droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre*

En réalité, la difficulté majeure que pose la création transformative à propos du droit moral des auteurs des œuvres préexistantes se concentre sur la question du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre. L'essentiel des personnes auditionnées nous ont rappelé l'attachement du droit français à cette prérogative qui lui confère une force particulière. En effet, elle couvre à la fois l'intégrité « matérielle » de l'œuvre mais aussi le respect de l'esprit de l'œuvre, sentiment plus diffus qui oblige celui qui utilise l'œuvre à se conformer à l'état d'esprit dans lequel se trouve l'auteur, quant au sens et à la portée de sa création. Alors que le premier volet du droit au respect suppose la transformation « physique », l'altération sensible des éléments de l'œuvre, le second se rattache à la modification de perception attendue de l'œuvre au regard de l'attente de son auteur. La première atteinte est de nature objective tandis que la seconde est subjective¹⁶⁴.

¹⁶¹ On réserve ici l'hypothèse, délicate, de la conciliation du droit de divulgation avec l'ouverture d'accès aux archives. Sur ce point, v. M. Cornu, L'accès aux archives et le droit d'auteur, *RIDA* Janvier 2003, n° 195, p. 19.

¹⁶² CA Paris, 4^e ch., 30 mai 1985, *D.* 1986, I.R., p. 186, obs. Colombat.

¹⁶³ Lucas, 4^{ème} éd., n° 535 ; C. Cass. 1^{re} civ., 3 avril 2007, *RIDA* 3/2007, p. 341, *Prop. Intell.* 2007, p. 332, obs. Bruguière ; *RTDCom.* 2007, p. 541, obs. Pollaud-Dulian.

¹⁶⁴ CA Paris, 28 juillet 1932, Chaliapine, *DP* 1934, 2, p. 139, note Lepointe : l'œuvre ne devait être « altérée ni déformée dans son forme ou dans son esprit ». Traité Lucas, n° 545 : « Il faut même aller plus loin, et décider que le droit au respect de l'œuvre permet à l'auteur de faire sanctionner des pratiques qui ne se traduisent objectivement par aucune modification. »

Les auteurs des créations transformatives redoutent d'être empêchés d'utiliser l'œuvre originale en l'amputant de certaines parties ou en lui adjoignant des éléments non souhaités. Le spectre du droit au respect et à l'intégrité couvre potentiellement de nombreux usages transformatifs, y compris lorsqu'il n'y a pas de modification intrinsèque de l'œuvre ; la « décontextualisation » de l'œuvre risque d'être entravée par l'opposition de l'auteur au titre de la dénaturation de l'esprit de son œuvre. Ainsi, la juxtaposition d'une œuvre avec d'autres dont l'auteur ne partage pas la philosophie est susceptible de contrarier le droit moral. Ceci a notamment été jugé dans une affaire *Jean Ferrat*¹⁶⁵ dans laquelle l'auteur-interprète s'opposait à ce que ses chansons figurent sur une compilation juxtaposant des titres d'auteurs allant radicalement à l'encontre de ses positions politiques. L'atteinte au droit à l'intégrité n'est pas subordonnée à la condition que la modification contestée par l'auteur donne une idée inexacte de l'œuvre ; la mise en œuvre du droit moral est indépendante de la notion de faute et certaines décisions ont pu juger justifié l'exercice du droit au respect sans preuve d'une atteinte liée aux modifications réalisées ; tel fut le cas dans une affaire rendue à propos de l'utilisation publicitaire de la chanson « *On va s'aimer* »¹⁶⁶. Il est vrai que certaines décisions, telle que l'interdiction faite de monter « *En attendant Godot* »¹⁶⁷ avec des femmes, peuvent faire croire que l'exercice du droit au respect est le fait d'auteurs (ou d'héritiers d'auteurs) égotistes et rétifs à toute réutilisation de leur création. Toutefois, cette image d'Epinal d'un droit moral tout-puissant et discrétionnaire ne correspond pas à la réalité et doit être dissipée.

En effet, il faut en premier lieu remarquer la faiblesse du contentieux en ce domaine qui atteste que les auteurs se lancent difficilement dans un procès pour contester la transformation de leurs œuvres. On ne doit pas oublier l'envie qu'ont l'essentiel des auteurs d'être associés à un processus créatif. L'auteur est principalement conscient de s'inscrire dans un cycle de création dont il n'est qu'un des rouages et souhaite en général ardemment que son travail soit repris, et digéré par autrui, ce qui constitue l'un des plus beaux hommages qu'un artiste puisse faire. **Ce ne sont donc que dans des hypothèses exceptionnelles qu'un auteur s'opposera à un autre.** Le droit moral est en revanche plus souvent actionné dans la relation entre l'auteur et l'exploitant pour empêcher ce dernier de forcer les termes d'un accord contractuel qui seraient défavorables au créateur. En outre, l'intérêt de l'action est essentiellement défensif puisqu'il ne peut y avoir de monétisation de l'exercice du droit moral et que la sanction de la violation ne conduit qu'exceptionnellement à l'allocation de dommages-intérêts significatifs. Par ailleurs, l'action n'est conduite que très rarement devant les juridictions pénales. Ainsi le risque majeur à l'issue d'un procès dont le titulaire du droit moral sortirait victorieux tient au retrait éventuel de l'œuvre transformative des circuits de diffusion. Au final, eu égard à l'ensemble de ces considérations, la mise en œuvre contentieuse du droit au respect demeure par conséquent très limitée.

Par ailleurs, quand bien même l'auteur aurait pris la décision de poursuivre judiciairement l'atteinte au droit moral, la jurisprudence vient régulièrement juguler l'exercice du droit au respect et à l'intégrité en posant l'exigence d'un seuil de « *dénaturation* »¹⁶⁸. S'agissant des compilations d'œuvres, la Chambre civile de la Cour de cassation a considéré, par exemple, que l'exploitation d'une œuvre au sein d'une compilation est un mode d'exercice du droit patrimonial cédé et n'est de nature à porter atteinte au droit moral de l'auteur, requérant alors son accord préalable, qu'autant qu'elle risque

¹⁶⁵ La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé, à propos du droit moral d'un artiste interprète qu'il s'agit d'un mode d'exploitation susceptible, en tant que tel d'altérer le sens l'œuvre et qui ne saurait par conséquent relever de l'appréciation exclusive du cessionnaire des droits patrimoniaux. C. Cass. Soc. 8 février 2006, *Jean Ferrat*.

¹⁶⁶ C. Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 2006, *Barbelivien*, *RIDA* 1/2007, p. 359, *Com. Com. Electr.* 2007, comm. 18, note Caron ; *Prop. Intell.* 2007, p. 205, obs. Bruguière.

¹⁶⁷ L'auteur est seul juge de communiquer son œuvre au public. Il est pareillement seul juge de l'opportunité de la modifier, quelle que soit l'importance de cette modification. TGI Paris, 3^e ch., 15 octobre 1992, *En attendant Godot*, *RTDCom.* 1993, p. 98, obs. Françon. Le respect est dû à l'œuvre telle que l'auteur a voulu qu'elle soit. *Traité Lucas*, n° 545.

¹⁶⁸ C. Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1965, *Bernard Buffet*, *JCP* 1965, II, 14339, concl. Lindon.

d'altérer l'œuvre ou de déconsidérer son auteur¹⁶⁹. Dans l'affaire du *Dialogue des carmélites*¹⁷⁰, la Cour de cassation a reconnu que l'adaptateur devait jouir d'une certaine liberté et que son rôle consistait à trouver, sans en dénaturer le caractère, une expression nouvelle de la substance de l'œuvre. Selon le traité des Lucas, « la Cour de cassation s'est bien gardée d'enserrer la liberté de l'adaptateur dans des limites précises, et rien ne permet de penser qu'elle ait entendu innover par rapport à la jurisprudence antérieure pour qui le manquement au devoir de respect commence avec la dénaturation de l'esprit de l'œuvre préexistante ». La plupart du temps, la jurisprudence exige de la part de l'auteur qu'il démontre la trahison de son œuvre et n'autorise pas un exercice purement discrétionnaire de la prérogative. Selon Pierre-Yves Gautier, « il ne suffit pas d'agiter le droit moral pour que le juge entre en condamnation ; l'auteur doit prouver en quoi celui-ci est malmené. Faute de quoi le principe d'exécution des conventions risquerait d'être malmené.¹⁷¹ »

A titre d'exemple, dans l'affaire dite *Les Misérables*¹⁷², la Cour de cassation est également venue limiter la prétention des titulaires du droit moral, à propos de la possibilité de réaliser des suites d'une œuvre tombée dans le domaine public. En l'espèce, la Cour a, au visa de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de la liberté de la création qu'elle reconnaît, estimé que l'atteinte au droit moral invoquée ne découlait pas de la seule allégation d'une telle violation par les ayants droit mais devait être caractérisée par le juge auquel il appartenait :

- d'examiner les œuvres litigieuses et,
- de constater une altération ; ou
- de montrer l'existence d'une confusion sur la paternité.

La Cour de cassation vient ici rappeler deux enseignements fondamentaux à l'égard des œuvres transformatives. D'une part, le fait de réaliser une suite à une œuvre relève de la liberté de création sauvegardée par l'article 10 de la CEDH ; d'autre part, le titulaire du droit moral ne peut s'opposer à un tel projet qu'ex post, avec l'aide du juge qui peut condamner la violation du droit moral, si, au terme d'un examen des œuvres, il constate une altération de l'œuvre d'origine ou démontre l'existence d'un risque de confusion sur sa paternité. Toute modification de l'œuvre ne donne donc pas prise à un exercice défensif du droit moral : pour que les droits du titulaires soient atteints, il leur faut démontrer que l'œuvre a été altérée ou dénaturée par l'usage qui en est fait ou que l'œuvre seconde sème le trouble sur la qualité de l'auteur, amenant le public à assimiler les deux œuvres.

Les auteurs de la doctrine insistent généralement sur le caractère relatif du droit au respect de l'œuvre en présence d'une transformation de l'œuvre¹⁷³ : ainsi pour les Lucas, « l'adaptation, de même que l'arrangement (...) impliquent par la force des choses une distance par rapport à l'œuvre préexistante, ce qui n'est pas le cas par exemple pour la traduction. » Le professeur Gautier procède également dans son manuel à une distinction selon que l'utilisation d'une œuvre est opérée sans ou avec transformation ou se fonde dans un ensemble. Il estime à cet égard « qu'il est des cas où la logique et l'esprit pratique doivent conduire à assouplir notamment ce que le droit moral peut avoir de rigide, car d'autres que l'auteur pourraient, si son exercice n'était pas contrôlé, subir un dommage bien plus grand que celui agité par ce dernier »¹⁷⁴. **De façon générale, la perception du caractère absolutiste du droit moral ne correspond pas à la réalité judiciaire qui enserré l'exercice du droit moral dans certaines limites.**

Rappelons que la jurisprudence de la Cour de cassation avait, dans l'arrêt dit *Place des Terreaux*, écarté la prétention des auteurs, notamment au titre du droit moral, au motif que leur œuvre n'était pas l'objet de la carte postale. On peut semble-t-il appliquer *mutatis mutandis* cette même logique lorsque

¹⁶⁹ C. Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2006, *Pierre Perret*, JCP G 2007, II, 10000, note Azzi ; JCP E 2007, 1085, note Alleaume, RIDA 1/2007, p. 319.

¹⁷⁰ C. Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 1966, D. 1967, p. 485, note Desbois ; JCP 1968, II, 15331, note Plaisant.

¹⁷¹ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. Droit Fondamental, 8^{ème} éd., n° 201.

¹⁷² C. Cass. 1^{re} Civ., 30 janvier 2007.

¹⁷³ Lucas, n° 559.

¹⁷⁴ Id. n° 227.

l'œuvre reprise est accessoire par rapport à l'œuvre transformative. Ainsi le droit à la paternité, comme le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre s'effacent-ils relativement lorsque l'élément emprunté à l'œuvre première est accessoire au regard de l'ensemble dans lequel il s'insère.

En somme, la difficulté majeure pour l'auteur de la création transformative au regard du droit au respect et à l'intégrité tient à une analyse de risque de l'atteinte et à sa difficile anticipation. En effet, de par l'inaliénabilité postulée, la loi interdit à l'auteur de se déposséder définitivement de son droit de contester l'atteinte à son œuvre. Toutefois, cette même loi ne l'empêche pas d'autoriser les modifications de son œuvre et il a pu être jugé que « *la clause qui dispense le cocontractant de solliciter préalablement l'autorisation de l'auteur pour accorder le droit d'adapter les œuvres d'illustration musicale destinées à la sonorisation des œuvres audiovisuelles n'entraîne pas l'aliénation, de la part de l'auteur de son droit moral qu'il peut exercer si l'exploitation vient à y porter atteinte* »¹⁷⁵. Si le contrat n'empêche jamais l'auteur de s'opposer à l'utilisation de l'œuvre lorsqu'il estime qu'elle viole son droit moral, il constitue néanmoins un périmètre prédéfini de ce que l'auteur considère comme a priori acceptable et jure le risque de conflit. Ainsi la consultation du titulaire préalablement à la réalisation du projet peut servir à dissiper – mais non à supprimer – le risque juridique d'une réaction hostile à la transformation réalisée et le contentieux qui pourra en découler. **On rappellera que l'autorisation d'exploitation délivrée par les sociétés de gestion collective ne préjuge pas de l'exercice par l'auteur de son droit moral, lequel n'est pas apporté auxdites sociétés de gestion.**

Comme on l'a déjà indiqué, les licences « libres » constituent un moyen simple de se renseigner sur l'intention de l'auteur à l'égard de son œuvre et de réduire les coûts de transaction dans la recherche des ayants droit. Certaines licences « libres » indiquent clairement si les titulaires sont a priori favorables ou hostiles à la modification de leurs œuvres. Cette renonciation abdicative n'offre pas un blanc-seing aux auteurs de créations transformatives mais elle leur procure une certaine zone de confort juridique. Il convient toutefois d'éveiller l'attention sur les limites du système. En effet, la titularité du droit moral peut être éclatée et il n'est pas assuré que la personne qui adhère à ces licences soit effectivement le seul titulaire. Du fait de l'intrication d'œuvres émanant d'origines géographiques différentes, certaines licences sont délivrées au regard d'un droit national qui ne connaît pas le droit moral. Toutefois, cela n'empêche pas la mise en œuvre de cette prérogative sur le territoire national, la Cour de cassation ayant considéré que le droit au respect et à l'intégrité était d'ordre public international dans l'affaire *Asphalt Jungle*¹⁷⁶. Enfin, le fait de délivrer une licence autorisant la modification n'empêche pas le titulaire de s'opposer à une exploitation dont il considérerait qu'elle est dénaturante, même si cela limite le risque. L'autorisation comme la renonciation ne constituent que des commodités qui ne sauraient mettre l'utilisateur à l'abri d'une action ex post, au vu de la dénaturation éventuelle de l'œuvre.

Cette « autorisation » n'est d'ailleurs nullement un prérequis exigé par la loi. Le droit moral apparaît essentiellement comme un droit défensif venant sanctionner une atteinte et non comme une prérogative faisant l'objet d'une autorisation préalable. A l'instar de Pierre-Yves Gautier, nous estimons qu'« *il faut également éviter que le droit moral, spécialement pour les questions de respect, soit exercé a priori par ses titulaires, comme une sorte de censure préalable* »¹⁷⁷. Bien entendu, la rançon d'un exercice ex-post du droit moral est la relative incertitude dans laquelle l'auteur de la création transformative est tenu, en attente d'une éventuelle condamnation judiciaire. Mais la faiblesse du contentieux, comme la position des magistrats attestent que le risque demeure limité et ne justifie pas un bouleversement des principes directeurs du droit d'auteur en ce domaine.

¹⁷⁵ C. Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, RIDA 3/2006, p. 339, *Com. Com. Electr.* 2007, comm. 20, note Caron ; *RLDI* 2006/19, 572, obs. Valette. n° 508.

¹⁷⁶ C. Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991 aff. *John Huston c/ La 5*.

¹⁷⁷ P.-Y. Gautier, n° 201.

2.2.2. La création transformative envisagée dans le cadre des exceptions

Exceptions et adaptation. Le projet de création transformative peut sortir de la soumission à l'autorisation préalable du titulaire par le jeu d'une exception légale, ou comme précédemment étudié, par le truchement d'une exception prétorienne fondée sur l'accessoire, l'arrière-plan, la rencontre fortuite ou les réminiscences à partir d'une inspiration commune. Le Code de la propriété intellectuelle prévoit en son sein une liste d'exceptions limitatives qui constituent autant de faits justificatifs de la contrefaçon au plan pénal, et énumère les cas dans lesquels l'utilisateur est dispensé de recourir à une autorisation. Ainsi, une création transformative peut être, dans certaines hypothèses, réalisée et exploitée dans le cadre d'une exception. Il convient ici de souligner l'existence d'un débat doctrinal quant à l'applicabilité des exceptions prévues par la loi aux adaptations alors qu'elles ne visent en principe que le droit de reproduction et de représentation. Ainsi, Desbois¹⁷⁸ défendait que les exceptions ne pouvaient être étendues à un droit d'adaptation autonome des deux grands droits pour lesquels ces exceptions avaient été aménagées. Toutefois, la doctrine actuelle récuse une telle interprétation¹⁷⁹ et estime que les exceptions s'appliquent a fortiori dans le cas des adaptations. Selon le traité des Lucas, « *il semble logique d'admettre que qui peut le plus (la reproduction pure et simple) peut le moins (l'adaptation)*. » Ce débat pourrait néanmoins rejillir au niveau de l'Union européenne si la Commission envisageait d'introduire un droit spécifique d'adaptation. Il conviendrait alors d'appréhender l'application mutatis mutandis ou non des exceptions à ce droit particulier. On distinguera quelques considérations générales relatives aux exceptions avant d'envisager leur mobilisation particulière au regard de la problématique des créations transformatives. Après avoir rappelé quelques considérations générales (2.2.2.1.), on identifiera les exceptions éventuellement pertinentes pour traiter des œuvres transformatives (2.2.2.2.), et la combinaison de ces exceptions avec le droit moral (2.2.2.3.).

2.2.2.1. Considérations générales

Système rigide d'exceptions. La marge de manœuvre laissée aux utilisateurs dans la mise en jeu des exceptions est limitée par plusieurs facteurs. Le droit d'auteur français connaît peu d'exceptions. La liste des exceptions est fermée et elle est, pour l'essentiel, énumérée à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose que, « *lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire* » un certain nombre d'actes limitativement visés. On y ajoute une exception spécifique introduite à l'article L. 331-4 du Code de la propriété intellectuelle¹⁸⁰ par la loi de 1998 selon laquelle « *les droits mentionnés dans la première partie du présent code ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entrepris à des fins de sécurité publique* » et l'article L. 122-6-1 qui énumère les exceptions spécifiques applicables au logiciel et dont certaines sont expressément frappées du sceau de l'ordre public.

Il n'est pas possible de procéder à une lecture flexible des exceptions, envisagées comme des règles de droit étroit. L'interprétation par analogie est proscrite, ce qui a récemment été confirmé par la Cour de Justice à propos de la liste de l'article 5 de la directive 2001/29 dans l'arrêt *OSA*¹⁸¹. En outre, le triple

¹⁷⁸ Desbois, n° 613.

¹⁷⁹ Lucas, n° 231, p. 230 : « C'est ce postulat qui nous semble discutable. Dans la conception synthétique que la loi française retient des droits patrimoniaux, le droit d'adaptation, comme le droit de traduction, est un corollaire du droit de reproduction ou du droit de représentation (...) Il n'y a aucune raison de lui réserver un sort différent et il y aurait même un paradoxe à l'auteur d'une œuvre sans défense contre une copie privée à l'identique et à lui permettre de partir en guerre contre une adaptation qui n'aurait encore jamais quitté la table de travail de son concepteur ni jamais été communiquée à quiconque. »

¹⁸⁰ Cette exception vise le droit d'auteur, les droits voisins et le droit *sui generis* des producteurs de bases de données

¹⁸¹ CJUE, 27 février 2014, *OSA*. La jurisprudence de la CJUE n'est cependant pas complètement limpide sur les marges de manœuvre laissées aux Etats membres dans l'interprétation des exceptions, oscillant entre le principe d'interprétation stricte des exceptions et le principe de l'effet utile. Voir le rapport de Wolf, « *It is therefore difficult to draw clear conclusions on the margin of freedom enjoyed by the Member States' legislators in the implementation of the exceptions, and by the national courts in their interpretation. A too broad interpretation*

test, énoncé dans les textes internationaux et européens (article 5 paragraphe 5 de la directive 2001/29), oblige les législateurs nationaux à prévoir des exceptions correspondant à un cas spécial, qui ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires. L'insertion de ce test au sein de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle l'impose également en tant que grille de lecture judiciaire pour apprécier in situ le jeu de l'exception.

La doctrine majoritaire est hostile à ce que les exceptions soient considérées comme des droits au profit des utilisateurs et la Cour de cassation en a clairement écarté le principe dans l'affaire *Mulholland Drive*¹⁸². Par conséquent, de lege lata, les exceptions ne peuvent, par exemple, pas servir à revendiquer judiciairement un accès à une œuvre qui serait protégée par une mesure technique de protection, mais seulement à se défendre contre une poursuite en contrefaçon. **La loi a confié à la HADOPI un subtil arbitrage entre le bénéfice de certaines exceptions et le contrôle d'accès à l'œuvre conféré par les mesures techniques de protection, mais la mise en œuvre de cette procédure est demeurée extrêmement limitée, se limitant essentiellement à trois avis dont celui rendu à propos de la copie privée le 17 septembre 2014**¹⁸³.

would run counter to the principle of strict interpretation and the three-step test. A too narrow interpretation would threaten the effectiveness that must be given to the exceptions. Adding conditions to benefit from the exceptions may jeopardize the objective of harmonization in the internal market and may be contrary to the balance of interests that the text of the directive intended to make without saying so. Finally, the EUCJ may suddenly discover an autonomous meaning to the concepts used in the broad wording of article 5 of the Directive and provide its own interpretation of their material content. », p. 1536.

¹⁸² C. Cass. Civ. 1^{ère}, 28 février 2006.

¹⁸³ Article L. 331-31 du Code de la propriété intellectuelle. Un avis a été rendu à propos de l'exception de copie privée, Avis n° 2014-1 relatif à l'exception de copie privée des programmes télévisés, <http://www.hadopi.fr/sites/default/files/20140911-Avisexception-copiepriveedesprogrammes.pdf> : « Au regard de ces principes, des limitations privant les copies de toute interopérabilité avec d'autres lecteurs que l'enregistreur ayant réalisé la copie, et empêchant la conservation des copies en cas de changement de fournisseur, apparaissent excessives. »

Au titre de sa mission de régulation et de veille dans les domaines des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur ou par les droits voisins, la Haute Autorité exerce les fonctions suivantes :

1° Elle veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L. 331-5 n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme;

2° Elle veille à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires des exceptions définies aux :

- 2°, e du 3° à compter du 1er janvier 2009, 7° et 8° de l'article L. 122-5 ;
- 2°, dernier alinéa du 3° à compter du 1er janvier 2009, 6° et 7° de l'article L. 211-3 ;
- 3° et, à compter du 1er janvier 2009, 4° de l'article L. 342-3 ;
- et à l'article L. 331-4.

Elle veille également à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les personnes bénéficiaires de l'exception de reproduction à des fins de collecte, de conservation et de consultation sur place mentionnée au 2° de l'article L. 132-4 et aux articles L. 132-5 et L. 132-6 du code du patrimoine. ;

Sous réserve des articles L. 331-7 à L. 331-10, L. 331-33 à L. 331-35 et L. 331-37 du présent code, la Haute Autorité détermine les modalités d'exercice des exceptions précitées et fixe notamment le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée, en fonction du type d'œuvre ou d'objet protégé, des divers modes de communication au public et des possibilités offertes par les techniques de protection disponibles.

Article L. 331-33 du Code de la propriété intellectuelle :

Toute personne bénéficiaire des exceptions mentionnées au 2° de l'article L. 331-31 ou toute personne morale agréée qui la représente peut saisir la Haute Autorité de tout différend portant sur les restrictions que les mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 apportent au bénéfice desdites exceptions.

Caractère impératif des exceptions ? Par ailleurs, la question du caractère impératif des exceptions ne connaît pas de réponse évidente, ni en doctrine, ni en jurisprudence. Certains auteurs considèrent qu'il est possible de contractualiser les exceptions, par exemple en insérant des conditions générales d'utilisation sur une plateforme de diffusion qui conduiraient les utilisateurs à renoncer au bénéfice de l'exception, ou encore en soumettant leur exercice à certaines conditions en contrepartie de l'accès à l'œuvre, lorsque celle-ci est protégée par des mesures techniques. La directive 2001/29 n'est guère disert sur la question et la jurisprudence récente de la Cour de Justice, plutôt que d'apporter de la clarté semble s'évertuer à l'opacifier, comme en témoigne la décision *VG Wort*¹⁸⁴ où les magistrats ont estimé que la contractualisation d'une exception est dénuée d'effets juridiques mais considèrent néanmoins que le contrôle d'accès à l'œuvre en présence de mesures techniques de protection peut écarter le jeu d'une exception légale, quand bien même en ce cas le titulaire ne pourrait pas alors réclamer de compensation équitable. **En l'état actuel du droit européen, il n'est fait aucune obligation aux titulaires de droit d'organiser un accès direct à l'œuvre au bénéfice des exceptions lorsque celle-ci fait l'objet d'une protection par une mesure technique.**

Il appartient aux Etats membres d'aménager les conditions de cet accès au terme de l'article 6 paragraphe 4¹⁸⁵ de la directive pour pouvoir bénéficier de certaines exceptions limitativement énumérées (reproduction par reprographie, par les bibliothèques, musées et archives, hôpitaux, prisons, organismes de radiodiffusion pour leurs propres enregistrements ; reproduction et représentation pour l'enseignement et la recherche, l'utilisation dans le cadre d'un handicap, pour la sécurité publique ou dans le cadre de procédures). Cette conciliation n'est pas obligatoire mais est également possible à propos de l'exception de copie privée dans le texte européen. Si la loi française a précisément étendu le dispositif à cette exception, on remarquera que l'essentiel des exceptions préservées ne visent pas l'hypothèse de créations transformatives mais plutôt l'utilisation de l'œuvre dans sa version d'origine. Ainsi, la loi comme la directive ne garantissent pas le jeu des exceptions de citation, d'analyses, de revue de presse ou encore de parodie lorsqu'une mesure technique de protection bloque l'accès ou la reproduction d'une œuvre.

Préconisation 5. Les conditions de l'accès et de la reproduction des œuvres protégées par des mesures techniques de protection devraient également être aménagées pour permettre l'exercice effectif des exceptions de citation, d'analyse, de revues de presse, d'actualité et de caricature, parodie, pastiche. Une telle disposition appelle une révision de la directive 2001/29.

2.2.2.2. Les exceptions pertinentes pour la création transformative

Si les exceptions légales françaises actuelles ont essentiellement pour objet de permettre des « usages transformatifs » des œuvres, à savoir de liciter des utilisations de l'œuvre d'origine dans un nouveau contexte, toutes n'ont pas pour vocation de favoriser l'émergence et l'exploitation des créations transformatives, au sens retenu dans le présent rapport.

➤ Usage privé

Usage privé. S'agissant de l'amont, à savoir du processus de création en tant que tel, même s'il peut théoriquement donner prise au droit exclusif de reproduction, il est en pratique largement couvert par **l'exception de copie privée**. Ce mécanisme permet à chacun de se saisir de la substance intellectuelle de l'œuvre, mais aussi d'en réaliser une copie pour préparer le travail de création transformative, dans

¹⁸⁴ CJUE 27 juin 2013, aff. dite *VG Wort*.

¹⁸⁵ 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.

le cercle intime du créateur. Par ailleurs, dès lors que le processus de création demeure intime, il n'est en principe pas exposé aux revendications des titulaires de droit des œuvres transformées. Il faut à cet égard rappeler qu'en vertu de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, la représentation de l'œuvre dans le cercle de famille ne pose pas de difficultés, dès lors qu'elle intervient à titre privé et gratuit. Bien que le cercle de famille ne vise pas les relations professionnelles, on peut toutefois considérer que le processus de création reste à l'abri d'une action des droits des titulaires d'œuvres antérieures tant que la création transformative n'a pas été divulguée au public. C'est en ce sens qu'a statué la Cour de cassation, estimant que le compositeur d'un nouvel arrangement d'une chanson n'était pas tenu d'obtenir l'autorisation de l'auteur de l'œuvre préexistante, dès lors qu'il s'agissait d'un simple projet dont la réalisation pouvait n'être pas poursuivie, l'enregistrement n'ayant été entendu que par quelques professionnels pour solliciter des avis techniques¹⁸⁶. Nous souscrivons également pleinement à la thèse défendue par messieurs et madame Lucas dans leur traité selon laquelle « *si l'œuvre dérivée n'est fixée que sur un support strictement réservé à l'usage privé du copiste et non destiné à une utilisation collective, si elle n'a pas été représentée au delà du cercle de famille, le monopole de l'auteur de l'œuvre première ne devrait pas pouvoir être invoqué.*¹⁸⁷ »

Toutefois, certaines jurisprudences considèrent que le bénéfice de l'exception de copie privée ne peut pas être invoqué dès lors que la copie est faite à des fins professionnelles. Il y aurait ici un facteur de distinction selon que l'utilisation de l'œuvre première est faite par un auteur « professionnel » ou par un auteur « amateur » (UGC). La clé de répartition entre ces deux situations est brouillée par les nouveaux modes de diffusion des œuvres qui ouvrent des opportunités de rémunération à des auteurs amateurs et permettent également une diffusion gratuite par des auteurs patentés. En tout état de cause, subordonner le bénéfice de l'exception de copie privée à l'utilisation subséquente qui pourrait en être faite et aux modifications de statut susceptibles d'intervenir dans le temps ne semble ni réalisable, ni même judicieux. En effet, le bénéfice de l'exception doit s'analyser au moment de la réalisation de l'acte, ce qui n'est nullement préjudiciable aux intérêts des auteurs, dans la mesure où c'est seulement au moment de la diffusion publique de l'œuvre qu'ils prendront connaissance de la copie réalisée en amont et qu'ils auront à ce moment la possibilité de contester cette diffusion publique.

Non distinction des créations transformatives au sein des exceptions. Il faut souligner en premier lieu que la loi française ne distingue pas au sein des exceptions, celles qui induisent une transformation d'une œuvre de celles qui licitent une exploitation quelconque. Les deux types de situations coexistent au sein de la liste des exceptions légales, et parfois même dans une même exception. Il n'existe donc pas plus dans les exceptions que pour les droits exclusifs de régime particulier relatif aux créations transformatives. **Ainsi, le Code de la propriété intellectuelle n'a pas entendu consacrer un système dissociant les simples exploitations secondaires d'une œuvre préexistante dans le cadre d'un usage transformatif, d'une véritable recreation à partir d'une telle œuvre.** C'est pourtant sous ce prisme qu'on entend ici classer les exceptions françaises, selon un **crescendo de la prise en compte de la « transformativité »**.

Par conséquent, les exceptions gratuites dont le propos est seulement de faciliter l'accès à une œuvre protégée à un public particulier, comme les exceptions à des fins de conservation et d'archivage, la possibilité d'accéder à une base de données pour en faire un usage licite n'ont pas pour objet de couvrir des situations de transformation, au sens où nous l'avons préalablement défini, même si elles participent à l'élargissement de l'accès aux œuvres. Elles ne seront pas abordées au sein de cette étude. L'exception prévue pour les personnes handicapées qui, bien qu'elle n'en dise rien, comporte pourtant une dimension transformative en permettant aux organismes désignés de réaliser une copie adéquate pour les déficients visuels et donc de procéder à une traduction en braille ne sera pas non plus

¹⁸⁶ C. Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1981, Bull. civ. I, n° 339, D. 1983, inf. rap. P. 92, obs. Colombet ; *contra* une décision très discutable de la CA Paris, 4^{ème} ch., 12 mai 2004, *RIDA* 4/2004, p. 314 ; JCP G 2004, 1478, note Singh ; *Com. Com. Electr.* 2005, I, obs. Caron, *Légipresse* 2004, III, note Varet ; *Propri. Intell.* 2004, p. 913, obs. Lucas ayant jugé que l'autorisation est exigée au stade de la conception et non de l'exploitation.

¹⁸⁷ Lucas, n° 321, p. 230.

envisagée en raison de la spécificité du cadre de son intervention. En effet, c'est ici la destination du public qui guide la ratio legis de l'exception plutôt que son caractère transformatif.

Il existe un certain nombre d'exceptions dont le propos est de participer à la dissémination publique d'un contenu, comme celle qui est relative aux discours publics, ou encore l'exception réservée aux catalogues de vente aux enchères et qui n'emportent pas en principe de création transformatrice de la part de l'utilisateur, mais conduisent à la présentation de l'œuvre première dans un contexte différent. Participent également de cette logique, mais avec un degré de « transformativité » supérieur l'exception de revue de presse¹⁸⁸, l'exception relative à la diffusion des œuvres graphiques et plastiques par voie de presse et l'exception pédagogique. En effet, dans ces cas, l'œuvre première ne s'insère pas nécessairement dans un ensemble susceptible d'être à son tour protégé par le droit d'auteur du fait de son caractère de création originale. **L'œuvre première peut être simplement « utilisée » pour qu'on en transmette le contenu ; sa communication en tant que telle ou dans l'ensemble est envisagée comme une finalité.** Néanmoins ces exceptions sont également susceptibles de recouvrir des situations dans lesquelles les œuvres d'origine utilisées au sein d'un ensemble reflètent un degré de création et engagent un processus de modification de la forme ou de la perception desdites œuvres.

➤ *Exception pédagogique*

Ainsi, **l'exception pédagogique** permet potentiellement d'utiliser des « extraits » d'une œuvre d'origine de manière isolée, par exemple, dans le contexte d'un examen, mais aussi de recomposer différents extraits au sein d'une œuvre pédagogique visant à favoriser l'esprit critique ou d'analyse par des mécanismes de comparaison, juxtaposition, collage d'œuvres. De ce point de vue, la loi exige que l'utilisation soit réalisée à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche, laissant une marge d'appréciation importante quant à la possibilité de réaliser une utilisation transformatrice de l'œuvre première. La loi du 8 juillet 2013 a déjà réformé cette exception pourtant consacrée seulement en 2006 dans le Code de la propriété intellectuelle afin d'en élargir le champ d'application. Alors qu'elles étaient exclues du champ de l'exception, les œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit sont désormais visées permettant d'actionner de manière plus efficace l'exception dans le champ des utilisations numériques¹⁸⁹. Toutefois, le régime demeure cantonné à la notion « d'extraits » ne permettant pas aux enseignants et chercheurs d'utiliser une œuvre dans sa totalité. Cette possibilité est aménagée dans le cadre d'accords collectifs passés entre les grands établissements et les représentants des ayants droit, moyennant une autorisation délivrée contre rémunération. Les auditions menées par la commission ont fait apparaître une critique du périmètre de l'exception et plus généralement de son mécanisme, comme insuffisamment accueillante pour les usages pédagogiques et de recherche. Sans méconnaître la difficulté et les enchevêtrements éventuels de cette exception avec la question des créations transformatrices, il nous apparaît que le sort de

¹⁸⁸ D'après la Cour de cassation, la revue de presse « suppose nécessairement la présentation conjointe et par voie comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même événement », ce qui exclut du champ de la liberté les œuvres ne relevant pas de l'actualité. La doctrine considère que l'exception est animée par un jeu de réciprocité qui ne profite en réalité qu'aux différents journalistes rapportant l'évènement dans le cadre de l'actualité.

¹⁸⁹ Article L. 122-5 alinéa e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, y compris pour l'élaboration et la diffusion de sujets d'examens ou de concours organisés dans la prolongation des enseignements à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés par l'acte d'enseignement, de formation ou l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction, qu'elle ne fait l'objet d'aucune publication ou diffusion à un tiers au public ainsi constitué, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10 .

l'exception déborde du champ de la présente étude car elle n'est pas spécifique à l'hypothèse d'une création transformatrice. C'est de façon générale de l'usage des œuvres à des fins d'enseignement et de recherche qu'il convient de discuter et non de la création transformatrice en tant que telle.

➤ *Exception de citation et d'analyse*

En augmentant d'un cran le degré de transformativité, on trouve **l'exception de citation et d'analyse**. L'exception de citation constitue une exception cardinale en droit d'auteur et connaît une vaste reconnaissance internationale. Ainsi, la convention de Berne en son article 10 intitulé « libre utilisation des œuvres dans certains cas » prévoit une exception de citation obligatoire. En effet, contrairement à l'exception à des fins d'illustration de l'enseignement prévue au paragraphe 2 dudit article qui aménage la possibilité aux Etats parties de prévoir une telle exception, le paragraphe premier ne laisse pas cette marge de manœuvre, postulant que : « *Sont licites les citations tirées d'une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse.* » Le paragraphe 3 ajoute que « *les citations et utilisations visées aux alinéas précédents devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source.* » L'utilisation du présent de l'indicatif démontre, de l'avis des commentateurs, que les Etats parties se doivent de prévoir une telle exception, laquelle reçoit donc un écho universel. C'est tout naturellement qu'on la retrouve au sein de la liste de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle et à l'article 5 paragraphe 3 d) de la directive 2001/29¹⁹⁰. Le Code dispose par conséquent que, sous réserve que soient indiquées clairement le nom de l'auteur et la source : « l'auteur ne peut interdire : (...) a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées (...) ».

En droit français, l'exception de citation est couplée avec l'analyse. S'agissant de cette notion, le principe même d'une exception peut surprendre si on envisage **l'analyse** comme une étude du contenu de l'œuvre, car le droit d'auteur ne protégeant pas le fond mais la forme d'une œuvre ne saurait en principe prévoir une exception sur un élément qu'il ne couvre pas. Toutefois la jurisprudence définit plus précisément l'analyse comme un résumé servant de support à une discussion faite par le rédacteur de l'article, des sources de l'auteur, du plan de l'œuvre et de ses éléments essentiels ainsi que de sa méthode d'exposition, étant généralement accompagnée d'un commentaire critique¹⁹¹. Il a été admis que l'analyse pouvait se concevoir en l'absence même d'une œuvre de destination. Ainsi, « *l'analyse purement signalétique réalisée dans un but documentaire, exclusive d'un exposé substantiel de l'œuvre et ne permettant pas de se dispenser de recourir à cette œuvre elle-même* » a été reconnue possible¹⁹². L'analyse n'a donc pas nécessairement pour effet de déclencher la création d'une œuvre transformatrice. Son objet n'est pas tout à fait clairement délimité et elle apparaît davantage comme un rappel de la *summa divisio* entre la non protection du fond et la protection de la forme que comme une exception à part entière. Elle ouvre néanmoins la voie, pour des raisons qui tiennent à la liberté d'expression, à un usage ample de l'œuvre d'origine.

A priori, **l'exception de citation** constitue la terre d'élection de la création transformatrice, véritable permission légale de reprendre une œuvre antérieure pour l'incorporer dans une œuvre seconde. Dans la conception traditionnelle du droit français, l'exception autorise la reprise de fragments d'œuvres antérieures pour les intégrer dans une nouvelle œuvre. La jurisprudence retient une interprétation très restreinte du dispositif et requiert, conformément à la loi, que l'exception ne joue que si l'œuvre

¹⁹⁰ d) lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une œuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi;

¹⁹¹ TGI Paris, 25 avril 1968, *D.*, 1968, 740 ; *RTD com.*, 1970, p. 120, obs. Desbois.

¹⁹² Dans un arrêt très controversé, Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1983, *Microfor*, *JCP* 1984, II, 20189, note A. Françon ; *D.*, 1984, IR, 290, obs. Colombet.

d'origine est réutilisée dans une nouvelle œuvre, dite « citante » et que la citation soit « courte », ce qui se traduit par une double exigence de brièveté, à l'égard de l'œuvre citée comme de l'œuvre citante. Mais les juges vont au-delà du donné légal et se montrent souvent hostiles à toute citation à propos de certaines catégories d'œuvres. Ainsi, certaines décisions refusent le principe même d'une exception à propos des œuvres musicales, plastiques ou graphiques¹⁹³ ou encore audiovisuelles¹⁹⁴ et n'admettent en réalité la citation que pour les œuvres littéraires. Rien dans la loi n'autorise cette discrimination de traitement entre des œuvres d'expression différentes, discrimination qui a pour effet de « geler » le recours à l'exception pour de nombreuses hypothèses de création transformative¹⁹⁵.

Cette lecture « restrictive » de l'exception de citation a récemment fait l'objet d'un assouplissement par la jurisprudence européenne de la CJUE dans l'affaire *Eva Maria Painer*¹⁹⁶. Repoussant l'argument de l'impossibilité de citer une œuvre graphique, la Cour a considéré que la citation d'une photographie est tout à fait envisageable. Sollicitée sur la question de savoir si le jeu de cette exception suppose que la citation soit intégrée dans une œuvre citante, la Cour a également répondu par la négative, en relevant qu'une telle condition ne figure pas dans l'article 5 paragraphe 3 sous d) de la directive 2001/29/CE¹⁹⁷, et qu'il convient de rechercher avant tout le *juste équilibre* entre les droits et intérêts des auteurs d'une part, et ceux des utilisateurs, d'autre part. Pour la Cour, ce juste équilibre suppose de privilégier la liberté d'expression, tout en assurant à l'auteur de voir, en principe, son nom indiqué. « *Dans cette perspective bipolaire, le point de savoir si la citation est faite dans le cadre d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou, au contraire, d'un objet non protégé par un tel droit, est dépourvu de pertinence* »¹⁹⁸. Il convient en revanche de vérifier que la reprise de l'extrait s'accompagne d'une citation de la source et du nom de l'auteur¹⁹⁹ et qu'elle respecte le triple test.

La décision *Painer* semble devoir conduire à abandonner la condition d'œuvre citante, pourtant présente dans nombre de législations nationales, au regard de l'impératif de liberté d'expression et du principe du juste équilibre. Du point de vue méthodologique, les Etats membres ne sont pas libres de formuler des conditions plus drastiques pour la mise en œuvre de cette exception. La Cour vient dire que s'agissant de l'exception de courte citation, la formulation européenne devient une référence impérative²⁰⁰.

¹⁹³ La représentation télévisuelle, même fugace, de peintures murales réalisées dans un théâtre ne peut échapper au monopole de l'auteur, dans la mesure où la représentation intégrale d'une œuvre quelles que soient la forme et sa durée, ne peut s'analyser en une courte citation, Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1995, *RIDA*, 1996, p. 263 ; *Legicom*, n° 8, p. 159, note C. Caron. Il en va de même pour une reproduction partielle même en format réduit : Civ. 1^{ère}, 10 février 1998, *D. aff.* 1998, p. 430.

¹⁹⁴ Pour une critique de cette tendance, relativement à la courte citation audiovisuelle, v. M. Cornu et N. Mallet-Poujol, « La citation audiovisuelle », *Legicom*, 1999.

¹⁹⁵ Pour un aperçu des difficultés pratiques liées à l'interprétation de l'exception, voir la consultation réalisée par la HADOPI sur les exceptions, http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Synthese_contributions.pdf

¹⁹⁶ CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. C145/10, *Eva-Maria Painer*, arrêt relatif à l'utilisation de photographies et plus précisément de la publication d'une photo-portrait dans la presse utilisée dans le cadre d'un avis de recherche. L'auteur de la photographie s'est opposé à cet usage. Les défenseurs invoquaient pouvoir bénéficier d'une exception de « sécurité publique », ce à quoi la Cour répond par la négative. La discussion s'est ensuite orientée sur la possibilité de considérer la photographie comme une citation et de la faire ainsi entrer dans le champ des exceptions au droit d'auteur.

¹⁹⁷ Points 132 et suiv.

¹⁹⁸ Point 136.

¹⁹⁹ Les juges français ont considéré que tel était le cas des éléments repris dans un site pointant vers des articles de presse qui répondaient aux conditions de l'exception de courte citation : TGI Nancy, 6 décembre 2010, *Le Bien Public*, Les journaux de Saône et Loire / Dijonscope, http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3099.

²⁰⁰ Ce qui semble-t-il est spécifique ici à l'exception de citation puisque les Etats membres demeurent en revanche plus libres de leurs mouvements pour déterminer le contenu substantiel de l'exception de sécurité publique ; Voir, en c sens, CJCE, 6 février 2003, *SENA*, C-245/00, *Rec.*, p. I-1251, point 34 et C.J., 16 octobre 2003, *Commission c. Belgique*, C-433/02, *Rec.*, p. I-12191, point 19, à propos des notions autonomes de droit de l'Union.

Citation et transformation : conclusion. Pour résumer, l'exception de citation - qui constitue un ressort important pour favoriser la création transformative - fait l'objet d'une interprétation restrictive en droit français, laquelle ne lui permet pas de déployer tous ses effets. Cette situation est source de frustrations légitimes dont les auditions devant la mission se sont faites largement l'écho. Elle est de surcroît peu compatible avec l'évolution technologique qui conduit les hommes à déployer des moyens de communication qui ne passent plus seulement par l'écrit mais aussi par le son et l'image. Ainsi, la limitation de la citation au domaine littéraire semble devoir être frappée d'obsolescence, d'autant que la Cour de Justice vient d'en rejeter le principe. Par ailleurs, la notion de brièveté doit désormais également s'inscrire dans la dynamique de la rédaction de l'exception par la directive. Il ne s'agit plus d'envisager cette dimension à travers un ratio œuvres citées/œuvres citantes puisque la condition d'œuvre citante n'est plus exigée ; il convient de réaliser une pesée de la proportionnalité de la citation au vu de la finalité poursuivie. La question des finalités poursuivies par la citation – explicatives ou informationnelles plutôt que créatives – devrait faire l'objet d'une précision au plan européen (voir infra).

Préconisation 6. Il convient de prendre la pleine mesure des modifications induites par la jurisprudence Eva-Maria Painer de la Cour de Justice à propos de l'exception de citation qui oblige le droit français à en revoir les conditions la fois dans la loi et dans la jurisprudence pour se mettre en conformité avec le droit de l'Union : application à toutes les œuvres de l'esprit sans distinction de genre, citation dans la mesure de la finalité poursuivie.

Par ailleurs, la suppression de la référence à l'œuvre citante dans la jurisprudence de la Cour devrait appeler l'attention des autorités de l'Union dans la perspective d'une éventuelle révision de la directive 2001/29 pour déterminer de manière plus précise le périmètre de l'exception et ses finalités, dans le respect du triple test.

➤ *Exception de parodie*

L'exception la plus en prise avec l'approche de la création transformative est probablement celle qui autorise la parodie, la caricature et le pastiche. Cette faculté ouverte par la loi française n'existe pas dans tous les régimes juridiques européens et n'est par exemple pas consacrée en tant que telle en droit américain mais trouve parfois un écho dans le *fair use*²⁰¹. Les conditions d'exercice en sont particulièrement souples dans la mesure où la seule exigence requise par la loi est qu'elle soit opérée, « selon les lois du genre », ce qui n'est pas d'une extrême précision. La jurisprudence est venue donner du corps à cette condition en faisant appel à une dimension humoristique, la parodie étant destinée à « faire rire ». Toutefois, cette vision n'est pas très restrictive dans la mesure où la parodie a parfois été retenue sans que cette dimension n'apparaisse avec une grande clarté, notamment au service d'une expression politique critique. L'exception de parodie, telle qu'elle existe en droit français et qu'elle est susceptible d'être interprétée par le droit de l'Union, constitue un terrain de faveur pour la création transformative, de par son ancrage fort dans le principe de la liberté d'expression. Les auteurs de ces créations sont assurées par la loi de pouvoir réaliser des transformations librement dès lors qu'ils demeurent dans une perspective humoristique ou critique.

Décision *Deckmyn*²⁰² de la CJUE. La Cour de Justice de l'Union, saisie par la Cour d'appel de Bruxelles²⁰³ d'une question préjudicielle en interprétation sur la notion de parodie figurant à l'article 5 paragraphe 3 k) de la directive 2001/29 a rendu une décision dans sa grande chambre, le 3 septembre 2014 estimant que la notion de parodie constituait une notion autonome de droit de l'Union²⁰⁴ et qu'il

²⁰¹ V. par exemple, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 577–78 (1994).

²⁰² CJUE 3 septembre 2014, aff. C-201/13 *Deckmyn*.

²⁰³ CA Bruxelles, 8 avril 2013, *Deckmyn v Vandersteen en Vrijheidsfonds VZW v. Vandersteen* ; question posée le 17 avril, aff. C-201/13.

²⁰⁴ Voir déjà en ce sens les conclusions de l'avocat général, M. Pedro Cruz Villalón, présentées le 22 mai 2014, estimant par ailleurs que « lors de l'interprétation de ladite notion de 'parodie', le juge civil doit s'inspirer des

lui revenait par conséquent d'en livrer une interprétation uniforme et ce, selon le sens habituel du terme dans le langage courant, tout en tenant compte du contexte et des objectifs de la réglementation (point 19). La Cour a estimé que, ce faisant, la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie (point 20). Tout particulièrement, la CJUE a jugé que le bénéfice de l'exception n'était soumis à aucune condition supplémentaire et notamment pas à l'exigence que la parodie présente un caractère original propre, autre que celui de présenter des différences perceptibles par rapport à l'œuvre originale parodiée ; au fait de pouvoir raisonnablement être attribuée à une personne autre que l'auteur de l'œuvre originale lui-même ; au fait de porter sur l'œuvre originale elle-même ou encore à la mention de la source de l'œuvre parodiée (point 21). C'est en s'appuyant sur le fondement de la liberté d'expression que la Cour a jugé qu'il appartenait aux juridictions nationales d'établir un juste équilibre entre les intérêts des titulaires et l'exercice de cette liberté par les auteurs de la parodie.

La Cour a donc pris le parti d'une lecture particulièrement libérale de l'exception de parodie, assez proche de celle qui prospère en droit français. La Cour insiste toutefois, à l'instar de ce qu'elle avait retenu dans l'arrêt *Painer*, pour dire que l'exception n'est pas réservée aux auteurs d'une œuvre parodique mais qu'elle peut servir un propos qui n'atteint pas nécessairement la qualification d'œuvre originale. Ainsi, la parodie en droit européen couvre non seulement une création transformative (a fortiori) mais également un simple usage transformatif, dès lors qu'il est possible pour l'utilisateur de percevoir les différences entre l'œuvre d'origine et la parodie et de comprendre la dimension humoristique ou de raillerie. Elle n'a pas suivi, sur ce point, les conclusions de l'avocat général, rendues le 22 mai 2014 selon lesquelles la parodie constituait « une œuvre qui, avec une intention burlesque, combine des éléments d'une œuvre antérieure clairement reconnaissable et des éléments suffisamment originaux pour ne pas être raisonnablement confondus avec l'œuvre originale. ». Ainsi, la Cour n'a pas jugé opportun de vérifier si la parodie comporte suffisamment d'éléments de création par rapport à l'œuvre parodiée ou s'il ne s'agit que d'une copie présentant des modifications insignifiantes²⁰⁵ au regard de différents critères tels que le risque de confusion avec l'œuvre originale²⁰⁶, l'existence d'une « distance » suffisante par rapport à l'œuvre originale, estompant ainsi les caractéristiques de cette dernière²⁰⁷, ou, enfin l'utilisation d'éléments de l'œuvre originale autres que ceux nécessaires aux fins de la parodie²⁰⁸. La généralité de la définition retenue par la CJUE fait qu'elle couvre non seulement la parodie faite à propos de l'œuvre première mais également la parodie faite au moyen de l'œuvre première²⁰⁹. Le ratio proposé par la Cour est celui du juste équilibre au regard de la liberté d'expression qui peut conduire, le cas échéant, à écarter l'exception lorsque l'œuvre est associé à un discours discriminatoire illégitime.

La toute récente définition européenne de la parodie autorise donc une large réception de l'exception pour liciter des créations transformatives dès lors qu'elles ont un propos

droits fondamentaux proclamés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et procéder à la pondération requise entre lesdits droits lorsque les circonstances de l'espèce l'exigent.»

²⁰⁵ Point 55.

²⁰⁶ En Espagne: article 39 du décret royal législatif 1/1996, du 12 avril 1996 (RCL 1996, 1382), Audiencia Provincial de Barcelone (15^e section), 10 octobre 2003, 654/2001; Audiencia Provincial de Madrid (13^e section), 2 février 2000, 280/1998. En France: Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile, 12 janvier 1988, *RIDA* 1988, 137, 98 ; Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile, 27 mars 1990, Bull. civ I N° 75, p. 54 ; CA Paris, 1^{ère} ch., 11 mai 1993, *RIDA* 1993, 157, 340, CA Versailles, 1^{ère} ch., 17 mars 1994, *RIDA* 1995, avr., 350 ; CA Paris, 1^{ère} ch., 25 janvier 2012, *S.A. Editrice du Monde/Société Messagerie Lyonnaise de Presse, Société Sonora Media* ; TGI Paris, 3^{ème} ch., 13 février 2001, *SNC Prisma Presse et EURL Femme/Charles V. et association Apodeline*.

²⁰⁷ BGH *GRUR* 1994, 206 – *Alcolix*, BGH *GRUR* 1994, 191, 193 – *Asterix-Persiflagen*, BGH *NJW* 2003, 3633, 3635 – *Gies-Adler*; BGH *GRUR* 2000, 703, 704 – *Mattscheibe*.

²⁰⁸ BGH *GRUR* 1971, 588, 589-590 – *Disney Parodie*. Dans sa jurisprudence ultérieure, le BGH a explicitement rejeté ce critère. BGH *GRUR* 2000, 703, 704 – *Mattscheibe*.

²⁰⁹ Point 65 : « la modalité de parodie que, par commodité de langage, nous qualifions de « parodie au moyen de » se trouve actuellement suffisamment ancrée dans notre « culture de la communication » pour ne pas pouvoir être exclue lors de la détermination de la notion de « parodie » au sens de la directive ».

humoristique ou de critique acerbe (raillerie), sans nécessité de respecter un ratio quantitatif d'emprunt de l'œuvre originaire, ni même sans avoir besoin de citer la source. Ces conditions, comme celle d'absence de concurrence de la parodie avec l'œuvre parodiée, qui ne figuraient pas non plus dans la loi française avaient pu être parfois retenue dans la jurisprudence française qui devra désormais clairement les écarter systématiquement.

2.2.2.3. *Jeu des exceptions et droit moral*

La question peut se poser de la conciliation de ces espaces de liberté avec l'affirmation du droit moral. A dire le vrai, il ne nous paraît pas que cette conciliation pose de grandes difficultés. En premier lieu, l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle rappelle en exergue que les exceptions ne pourront se manifester qu'après la divulgation. Ainsi, la décision de livrer l'œuvre au public demeure réservée à l'auteur, y compris en présence d'exceptions au droit exclusif d'exploitation. Cette réserve nous paraît pleinement justifiée puisqu'elle permet de préserver l'intimité de la création et ne pas forcer la révélation d'une œuvre que l'auteur n'a pas entendu communiquer au public. Quant au droit à la paternité, il n'en est pas fait mention de manière expresse mais il semble devoir être respecté, au moins au terme du 3^{ème} paragraphe de l'article L. 122-5 qui énonce que les exceptions suivantes s'entendent sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source²¹⁰.

Cependant, la jurisprudence de la CJUE est extrêmement souple avec l'exigence de mention de la source. Bien que la Cour en rappelle fermement le principe dans l'arrêt *Painer* pour jouir de l'exception de citation, elle en édulcore pourtant fortement la teneur. Tout d'abord, elle énonce que la condition de citation de la source et du nom de l'auteur est requise, sauf si cela s'avère impossible, étant entendu que l'œuvre ou l'autre objet protégé qui sont cités ont déjà été licitement rendus accessibles au public²¹¹. Mais, d'après la Cour, la citation n'est possible que si la mise à disposition du public a été faite avec le nom de l'auteur, à défaut de quoi, cette dernière serait illicite²¹² et partant, l'exception neutralisée. Or, cette affirmation apparaît un peu rapide, tant au regard des principes que de la réalité du marché²¹³. La possibilité d'interpréter *a contrario* ouvre la voie à des questions entêtantes. Quid si le nom de l'auteur n'était pas indiqué par le fournisseur premier de l'image ? Cela rend-il toute citation illicite par contamination de la chaîne comme le laisse entendre la Cour ou, au contraire, cela permet-il à l'utilisateur de s'exonérer de cette mention ? Certaines options demeurent ouvertes et il conviendrait sans doute qu'elles soient clarifiées au niveau européen, ce qui justifie de plus fort la réouverture de la directive 2001/29 sur la définition de l'exception de citation. Les choses sont en revanche plus claires à propos de la parodie puisque la Cour a clairement considéré dans son arrêt *Deckmyn* que la mention de la source n'était pas une condition du bénéfice de l'exception.

Enfin, la question du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre doit nécessairement se poser avec un regard différent quand il s'agit de la mise en œuvre d'exceptions autorisant la transformation de l'œuvre. Il n'est par exemple pas concevable que l'auteur de l'œuvre première s'oppose à la parodie de son œuvre au titre de son droit au respect et à l'intégrité ; la liberté de parodie ou de critique s'y

²¹⁰ Le rapport de Wolf souligne qu'on peut trouver la mention de cette exigence dans plusieurs exceptions listées par la directive 2001/29 : *the right of attribution : the benefit of the exceptions for illustration of teaching and scientific research (art. 5.3.a), for reproduction by the press (art. 3.3.c), for quotation (art.3.3.d) and for the use of political speeches (art.3.3.f) is only granted if the source, including the author's name, is indicated by the user of the works.*

²¹¹ Point 139.

²¹² Point 141.

²¹³ En premier lieu, la compétence de la Cour pour apprécier de la violation du droit à la paternité est probablement discutable. En outre, une mise à disposition peut parfaitement être licite sans le nom de l'auteur, si celui-ci a souhaité rester anonyme. En ce cas, la mention du nom est impossible mais la mise à disposition est pourtant licite. Enfin, c'est une bien grande méconnaissance du secteur photographique que de présumer que la mise à disposition des images s'est faite avec la mention du nom de l'auteur, tant la pratique s'est développée de publier ces dernières avec la mention «DR ». Le raisonnement selon lequel l'impossibilité de mentionner n'existait pas puisque le nom de l'auteur *avait du être* indiqué par l'agence, nous semble donc hasardeux.

opposeraient sans doute comme en témoigne la décision de la CJUE *Deckmyn*²¹⁴. En revanche, un autre arbitrage des intérêts est possible à partir de la notion de juste équilibre. C'est à l'aune de ce ratio que la jurisprudence française pourra éclairer la condition de lois du genre figurant dans la loi pour s'assurer que l'exception reste dans les limites du propos parodique.

S'agissant de la citation, la question est plus délicate. En effet, le prélèvement d'éléments de l'œuvre première entraîne nécessairement une transformation de celle-ci, au moins dans sa structure. Par hypothèse, l'œuvre restituée n'est pas intégrale. Par ailleurs, l'utilisation de la citation peut parfois aller à l'encontre de l'esprit dans lequel l'œuvre a été rédigée. Cependant, dans le célèbre arrêt *Microfor*²¹⁵, la Cour de cassation s'est montrée indulgente au regard du droit moral de l'œuvre citée, affirmant d'abord que l'auteur ne pouvait se borner à faire valoir la mauvaise qualité de l'œuvre citante pour établir l'atteinte à son droit moral puis, alors que l'arrêt de renvoi avait constaté des « mutilations et altérations », paraissait même exclure la possibilité d'une telle atteinte en se contentant d'observer que l'index incriminé « était, par nature, exclusif d'un exposé complet du contenu de l'œuvre » et « qu'aucune erreur n'avait été relevée dans les citations ». Par conséquent, si le principe de la préservation du droit moral y compris dans le cadre des exceptions semble retenu par le droit français, son interprétation conduit nécessairement à en retenir une acception souple, nécessaire à la conciliation des intérêts en présence. Dans l'éventualité d'un élargissement de la citation, il conviendrait néanmoins de s'assurer que l'argument de la « transformation » n'est pas utilisé à mauvais escient, notamment dans les publications scientifiques pour torturer le propos des auteurs initiaux et leur attribuer des résultats scientifiques qui ne sont pas les leurs. Il ne s'agit donc pas que l'exception de citation serve à travestir l'élaboration de la science. L'application mesurée du droit moral ainsi que l'activation d'autres fondements juridiques sont en principe à même d'endiguer ce risque.

Au terme de ce bref passage en revue, il apparaît que la mobilisation de plusieurs exceptions existantes est possible en droit français pour liciter certaines créations transformatives. L'exception de citation devrait toutefois être revue si ce n'est dans sa lettre, du moins dans la pratique judiciaire pour accueillir le mécanisme à propos de l'ensemble des œuvres de l'esprit et sans se référer à la nécessité d'une condition de brièveté au regard de l'œuvre citante, considérée comme non pertinente par la Cour de Justice.

Préconisation n° 7 : *Les questionnements ouverts par l'arrêt Painer, notamment au regard de l'exigence de citation de la source – condition essentielle au regard non seulement du droit international conventionnel mais également de l'éthique de la création et de la connaissance – nécessitent selon nous que le libellé même de l'exception fasse l'objet d'un réexamen si la Commission envisageait de réviser la directive 2001/29. Devraient y être précisées, outre la question de la source, les finalités précises justifiant le bénéfice de l'exception.*

2.2.3. Le régime de la contrefaçon

Sans entrer dans le détail des dispositions du Code de la propriété intellectuelle, nullement spécifiques aux phénomènes de transformation, il convient de poser qu'en principe le non-respect des autorisations requises par la loi ou la violation du droit moral exposent le contrevenant à plusieurs niveaux de sanctions : civiles, pénales et éventuellement douanières. Dans l'essentiel des cas, le contentieux sera civil et la sanction consistera en des dommages-intérêts visant à sanctionner le dommage occasionné. On a déjà souligné que la violation du droit moral est en principe assortie de condamnations symboliques au plan pécuniaire. Le titulaire demande en général outre les dommages-

²¹⁴ Voir aussi Lucas, n° 557 : « L'analyse et la parodie peuvent de leur côté mettre en cause le respect dû à l'œuvre. Mais les exigences de liberté d'expression conduisent à rechercher un point d'équilibre moins favorable aux intérêts de l'auteur. En ce sens, C.Cass. 2^e civ., 30 novembre 1988, *RIDA* 4/1989, p. 300 justifiant la critique des colonnes de Buren par le libre droit de critique.

²¹⁵ Ibid., C. Cass. 1^{re} civ. 9 novembre 1983, *Microfor*, *JCP* 1984, II, 20189, note Françon.

intérêts la cessation du fait litigieux, c'est-à-dire en pratique, le retrait de l'œuvre contrefaisante.

Il convient de souligner que les juges sont relativement imperméables à la défense de « bonne foi ». Ainsi, **la présence d'un avis (disclaimer) visant à préciser les intentions de l'utilisateur d'une œuvre n'a pas d'influence sur la mise en œuvre de l'action en contrefaçon**, même s'il peut néanmoins servir comme élément de contexte propre à éclairer la compréhension du juge, et le cas échéant, l'inciter à la clémence. Plus rarement, voire exceptionnellement à l'encontre des individus, le procès se tient au pénal et conduit à des sanctions généralement pécuniaires, les peines d'emprisonnement théoriquement encourues n'étant prononcées que dans des cas exceptionnels.

Sur les réseaux numériques, la cessation de la contrefaçon implique souvent la collaboration des intermédiaires techniques. Il est loisible, en vertu de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle²¹⁶ de prononcer à leur encontre une injonction visant à prévenir ou à faire cesser toute atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier. Ce type de dispositif a été validé successivement par la Cour de cassation dans une décision *SNEP c/ Google*²¹⁷ et plus récemment par la Cour de Justice de l'Union dans un arrêt *Telekabel*²¹⁸. Ici encore, ces dispositifs ne sont en rien propres à l'hypothèse d'une création transformative et n'appellent pas de longs développements, sauf à rappeler que les conditions de mise en œuvre de l'action en contrefaçon sur les réseaux numériques sont particulièrement compliquées en raison du nombre et de la localisation difficile des auteurs du délit. Par conséquent, la collaboration des prestataires techniques - qui ne sont pour l'heure pas tenus d'une responsabilité directe ou indirecte en contrefaçon du fait des contenus qui transitent par leur intermédiaire - s'avère essentielle en pratique pour opérer le retrait ou la suspension effective des contenus convaincus de contrefaçon.

Ce dernier point emporte toutefois quelques spécificités quant au phénomène de la transformation. En effet, lorsque le contenu mis en ligne par un utilisateur sur une plateforme d'hébergement se contente de reproduire à l'identique l'œuvre arguée de contrefaçon, l'évaluation du bien-fondé du retrait par l'intermédiaire peut se faire de manière assez efficace à l'aide d'une comparaison rapide des œuvres en présence et des preuves de titularité. Bien entendu, la question du respect de l'égalité des armes continue d'être posée mais la tâche de l'intermédiaire en position de trancher – de manière temporaire mais opérationnelle – le différend entre le titulaire de droits et son client est facilitée lorsque le contenu mis en ligne ne fait que reprendre intégralement l'œuvre d'origine. La chose est nettement plus compliquée lorsqu'il s'agit de répondre à la demande de retrait à propos d'une création transformative. L'intermédiaire se retrouve en effet au cœur d'une pesée des intérêts plus complexe : celui de l'auteur de l'œuvre première dont la contrefaçon peut être aggravée par la transformation réalisée mais aussi l'existence d'éventuelles exceptions qui légitiment l'utilisation transformative en question, la présence des intérêts des auteurs de l'œuvre seconde favorables à la diffusion.

Or, il est de jurisprudence constante **que la contrefaçon s'apprécie par les ressemblances et non par les différences**. Il suffit en principe de démontrer que les éléments identifiables de l'œuvre première dans l'œuvre seconde ont été introduits sans l'autorisation des titulaires de droit pour établir les bases de la contrefaçon, sous réserve du jeu des exceptions. Une telle opération de comparaison peut être d'autant plus automatisée que les mécanismes de tatouage numériques vont détecter la présence de tout fichier contenant l'œuvre et, éventuellement, conduire l'intermédiaire à retirer le contenu litigieux, sans même qu'il soit établi que l'œuvre transformative reprend effectivement des éléments protégés de l'œuvre première. **Ainsi les processus techniques de retrait risquent de se substituer de manière automatique à l'exercice de comparaison raisonnable que conduit la**

²¹⁶ « En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à l'article L.321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier. »

²¹⁷ C. Cass., 1^{ère} civ. 12 juillet 2012.

²¹⁸ CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12.

jurisprudence. Or, comme en témoignent les décisions déjà citées, les juges ne concluent pas systématiquement à la contrefaçon en présence d'une œuvre première dans une création seconde. Outre le jeu des exceptions légales, ils mobilisent toutes sortes d'outils pour concilier les intérêts en présence ; appréciation de l'originalité de l'élément repris ; seuil de minimis, théorie de l'accessoire ou de l'arrière-plan, rencontre fortuite, réminiscences, etc. Par conséquent, l'appréciation de la contrefaçon dans le cadre d'une création transformative ne saurait se limiter à une comparaison « comptable » et automatique des éléments communs aux deux objets en litige. Il nous semble que dans ce cas, l'exigence d'un débat contradictoire au stade des procédures de retrait ou de suspension opérées par les intermédiaires devrait être renforcée, pour ne pas conférer de manière par trop systématique une prime au demandeur et conduire à des retraits injustifiés. Une telle vigilance s'impose de plus fort si des mécanismes techniques ou juridiques de retrait prolongé²¹⁹ devaient être mis en place pour empêcher la réapparition des contenus contestés par les ayants droit.

2.3. Le (non) régime de l'œuvre transformative

Le droit français est assez malhabile pour saisir la création transformative. Les manuels en traitent peu²²⁰ ou pas. Ce concept n'existe pas en tant que tel dans la législation française mais peut être appréhendé indirectement à travers les notions d'adaptation, d'œuvres dérivées ou d'œuvres composites. Toutefois, les dispositions légales sont loin d'offrir un cadre aisé pour l'exercice des droits des auteurs de telles œuvres.

On a déjà cité l'article L. 112-3 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle au terme duquel, « *Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.* » Les auteurs de ces créations se voient donc reconnaître un droit d'auteur sur leur œuvre, mais la loi en ajoutant l'énigmatique formule « *sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale* » laisse en suspens la délicate question de l'articulation des droits des auteurs des œuvres adaptées avec l'exercice du droit de l'auteur de la création transformative.

L'autre disposition susceptible de s'appliquer à cette forme de création n'est guère plus éclairante. En effet, l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « *Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière.* » Mais son régime prévu à l'article L. 113-4 ne précise pas davantage les mécanismes d'organisation des droits lorsqu'il énonce que « *L'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante.* »

Œuvre composite et adaptation. Certaines décisions considèrent qu'il convient de distinguer les œuvres composites où l'œuvre préexistante est incorporée dans l'œuvre seconde en tant que telle de l'adaptation où seuls certains éléments de l'œuvre première se retrouvent dans l'œuvre seconde. Mais la doctrine considère en général cette distinction comme non pertinente²²¹ et nombre de jurisprudences tiennent ouvertement les deux termes pour équivalents²²². Une différence peut néanmoins être opérée

²¹⁹ Voir sur ce point les propositions de Madame Mireille Imbert-Quarettà. Rapport remis au ministre de la Culture en février 2014, Outils opérationnels de prévention et de lutte de la contrefaçon en ligne.

²²⁰ A titre d'exemple, seules 6 pages sont consacrées à l'œuvre dérivée ou composite dans le Traité des Lucas.

²²¹ Lucas, n° 228, p. 227. L'expression « œuvre composite » est traditionnellement utilisée pour désigner l'ensemble des œuvres dont l'originalité n'est que relative ; Desbois, n° 126 et s. selon lequel la notion vise aussi bien l'incorporation « intellectuelle » que l'incorporation « matérielle ».

²²² CA Paris, 1^{ère} ch., 10 mars 1970, D. 1971 p. 114, pour une orchestration par Maurice Ravel des *Tableaux d'une exposition* de Moussorgsky, envisagée comme une œuvre dérivée et comme une œuvre composite ; CA Versailles, ch. Réunies, 18 mars 1992, RIDA 3/1992, p. 180 ; l'œuvre composite dérivée dont Bernanos est l'auteur.

entre les deux mécanismes qui ne se superposent qu'imparfaitement. En effet, l'article L. 112-3 s'intéresse au phénomène de la transformation sans prendre égard pour le mécanisme de réalisation de cette transformation auquel s'attache en revanche l'article L. 113-2. En d'autres termes, l'œuvre composite vise une hypothèse précise dans laquelle l'œuvre seconde a été réalisée sans la concertation de l'auteur de l'œuvre première, tandis que rien n'empêche une adaptation ou une traduction d'être le fruit d'un travail de collaboration avec l'auteur de l'œuvre première, même si ce sera rarement le cas. Par ailleurs, la frontière entre l'œuvre composite et l'œuvre de collaboration est elle-même peu précise dans la mesure où la jurisprudence a déjà pu considérer qu'une même œuvre peut à la fois être le fruit d'une collaboration entre deux auteurs s'étant concertés et le produit d'une œuvre première dont elle reprend des éléments. Rien n'interdit de penser des mécanismes de co-titularité sur des créations transformatives lorsqu'elles sont le résultat d'une telle concertation.

L'auteur d'une œuvre transformative originale est protégé. En tout état de cause, l'exigence commune tient à ce que cette création transformative pour être protégée comme telle soit originale, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle se contente de réaliser une adjonction mineure à l'œuvre d'origine²²³. A ce titre, aucune considération particulière n'est portée dans le droit existant sur la personne du créateur. Il est indifférent que l'auteur soit un amateur ou un professionnel aguerri, un enfant ou un adulte. Par conséquent, le phénomène des UGC ne fait l'objet d'aucun traitement spécifique. Le fait que les personnes qui postent des contenus sur les plateformes soient le plus souvent des amateurs n'est pas appréhendé par le droit. Ils sont auteurs à part entière si leur création témoigne d'une originalité et peuvent à ce titre revendiquer la pleine protection du Code de la propriété intellectuelle.

Coexistence des droits. La réserve des droits des auteurs des œuvres antérieures entraîne plusieurs séries de conséquences quant à l'exercice des droits de l'auteur de la création transformative. L'auteur de l'œuvre première demeure libre de réaliser l'exploitation séparée de son œuvre, sauf à avoir pris des engagements contractuels contraires vis-à-vis de l'auteur de l'œuvre seconde auquel il aurait consenti une exclusivité d'adaptation. Les auteurs respectifs ont des droits concurrents, ce qui revient à dire que lorsque les droits sont mal articulés peuvent survenir des situations de blocage. Ainsi, l'absence d'autorisation de l'auteur de l'œuvre première, lorsqu'elle est requise, peut obérer l'exploitation de l'œuvre seconde. S'il a été jugé que l'absence d'autorisation de l'auteur de l'œuvre première ne peut pas être invoquée par le défendeur à l'action en contrefaçon²²⁴, la jurisprudence a toutefois estimé, de manière critiquable selon nous, que l'auteur d'une œuvre dérivée créée sans le consentement du titulaire des droits sur l'œuvre première est sans droit pour se plaindre de la contrefaçon commise par l'auteur de l'œuvre première²²⁵. En d'autres termes, le contrefacteur ne peut tirer argument de ce que l'œuvre seconde a été faite sans le consentement de l'auteur de l'œuvre première, sauf lorsqu'il est lui-même cet auteur.

Cette jurisprudence illustre la vulnérabilité de la position de l'auteur second vis-à-vis de l'auteur premier puisque le retrait de l'autorisation peut conduire à geler l'exploitation de l'œuvre transformative. En outre, la loi est muette sur le partage des revenus liés à cette exploitation. Même si l'auteur de l'œuvre composite en est considéré comme le propriétaire, il va de soi que l'auteur de l'œuvre première y est associé en contrepartie de l'autorisation qu'il délivre lorsque celle-ci est requise ou jouit des mécanismes d'exceptions compensées lorsqu'elles ont vocation à jouer. C'est ici la liberté contractuelle qui prospère et laisse les auteurs respectifs à la merci des positions de force des acteurs en présence. On ne peut d'ailleurs préjuger de manière systématique du sens de ce rapport de force puisque si l'accord de l'auteur de l'œuvre première est en principe indispensable pour l'exploitation de l'œuvre seconde, il n'est pas exclu que dans certaines hypothèses le marché de l'œuvre dérivée soit plus lucratif que celui de l'œuvre première et que les éléments de négociation soient alors favorables aux auteurs de l'œuvre seconde.

²²³ CA Versailles, ch. Réunies, 19 décembre 1994, Huston, *RIDA* 2/1995, p. 389 : la colorisation d'un film modifie l'œuvre par l'adjonction d'un élément mais n'est pas une adaptation.

²²⁴ CA Paris, 4^{ème} ch. 5 mai 2000, *RIDA* 2/2001, p. 352.

²²⁵ CA Paris, 4^{ème} ch. A., 12 mai 2004, *RIDA* 4/2004, p. 314.

En conclusion, il convient de souligner la faiblesse de la réponse légale au besoin d'articulation des droits engagés dans les mécanismes de transformation créative. Ce constat vaut de plus fort lorsque le mécanisme de dérivation se poursuit dans une chaîne continue de création puisque les sujétions des auteurs successifs vont s'empiler et rendre difficiles les conditions d'exploitation. En dépit de l'affirmation de la propriété de l'auteur de l'œuvre composite, le droit français ne réserve donc pas aux auteurs de ces œuvres un sort clairement différent de celui de l'exploitant de l'œuvre première sauf à proclamer sa propriété sur l'œuvre seconde.

3. LES SCENARI D'EVOLUTION

Avant de passer en revue les modalités d'action possibles (3.1.), il convient de recenser au préalable les diverses finalités d'action susceptibles ou non d'appeler une action des pouvoirs publics (3.2.).

3.1. Diverses finalités d'action

Les évolutions juridiques qui peuvent être envisagées en matière de créations transformatives dépendent fortement des différents objectifs qui seront poursuivis, de leur pondération relative et des possibilités de les concilier. Les finalités en jeu sont à la fois culturelles, artistiques et économiques.

3.1.1. Les finalités culturelles et artistiques

Un premier objectif culturel consiste à inciter à la création. Faute de données chiffrées²²⁶, il est extrêmement difficile de quantifier le phénomène de la création et de sa réception, tout particulièrement sur internet, à raison de la diversité et de la multiplication des sources de diffusion. Il apparaît empiriquement que la quantité d'œuvres en circulation croît constamment même si ce constat ne préjuge pas d'une augmentation corollaire de la diversité des expressions. Comme on l'a vu, les pratiques de ré-utilisation des « matériaux existants » tendent à se banaliser grâce à la mise à disposition d'outils logiciels ad hoc et à la capacité accrue de fusionner des éléments différents par la technique de la numérisation. En valeur absolue, le nombre des mash-up vidéos déposés sur les plateformes ou des fan-fictions référencées sur les principaux sites francophones montre que ces phénomènes sont, sur un plan purement quantitatif, loin d'être négligeables. Mais les mécanismes à l'œuvre s'avèrent complexes à saisir et leurs répercussions équivoques.

Il n'est pas assuré que le droit actuel bride ou favorise la création transformative. A supposer que le droit d'auteur constitue un véritable facteur d'encouragement de la création – ce sur quoi nombre des personnes auditionnées émettent des réserves –, **il lui reviendrait à la fois de « sécuriser » davantage ces pratiques, de manière à ce que leurs auteurs puissent créer sans craindre d'enfreindre une règle légale existante, et de légitimer les créations en résultant.** L'une des principales difficultés pointées lors des auditions conduites par la mission portait en effet sur l'appréciation du nombre de créations qui, du fait de leur potentielle illégalité, connaîtraient une sous-exposition, ou ne verraient tout simplement pas le jour. Il est toutefois malaisé de mesurer l'effet d'inhibition (en anglais *chilling-effect*) de l'état du droit actuel. Ainsi, la présence de contentieux en matière d'UGC n'est quasiment pas documentée. Pour certains, les jeunes, notamment les auteur(e)s de fan-fiction seraient susceptibles de renoncer définitivement à leur pratique devant les risques juridiques, réels ou supposés, qu'ils peuvent estimer encourir. Pour d'autres, les créations transformatives ne seraient qu'un épiphénomène, concernant un nombre finalement limité de créateurs et ne présentant pas d'intérêt artistique majeur.

Plusieurs artistes interrogés par la mission ont indiqué que le caractère éventuellement illicite de leurs créations transformatives ne les avait jamais réfrénés dans leur processus créatif. Au contraire, certains ont même avancé l'idée que, comme en matière de consommation de drogues, l'illégalité de l'appropriation pouvait renforcer l'attrait de telles pratiques. Ainsi que le souligne Simon Duflo, si l'on dit d'une œuvre qu'elle n'a pas le droit d'être reprise et détournée, elle fait immédiatement l'objet de multiples transformations sur internet. C'est ce que l'on appelle parfois « l'effet Streisand », en référence à l'effet contre-productif du contentieux engagé par Barbra Streisand en 2003 contre l'auteur

²²⁶ Rapport de Wolf, op. cit. : « *We could not find quantitative data concerning the perception of legal aspects of UGC, as defined in this Study, by the creators of such content. A specific market analysis should be undertaken to determine whether there is a strong attention for copyright issues by users creating and disseminating content on the Internet.* » p. 456

et le diffuseur d'une photographie aérienne de sa villa. Selon Gwenola Wagon, dans le cas des détournements critiques, il vaut d'ailleurs mieux, du point de vue de la démarche artistique, que les citations soient illicites, ou en tout cas non autorisées.

Par ailleurs, les sociétés de gestion collective ont fait valoir l'absence ou la rareté des contentieux en contrefaçon à propos des UGC, liée à la volonté des ayants droit de négocier globalement les conditions d'utilisation du répertoire avec les plateformes plutôt que de poursuivre individuellement les utilisateurs postant des œuvres transformatives sans l'autorisation des ayants droit. Dans un environnement fortement international, les coûts de litige sont en effet disproportionnés par rapport au bénéfice escompté et les titulaires préfèrent s'en remettre aux procédures de demande de retrait auprès des intermédiaires pour faire cesser une diffusion illicite que de diligenter des procédures judiciaires contre les utilisateurs difficilement localisables et souvent peu solvables²²⁷. À la lumière des auditions conduites par la mission, on ne peut que partager le constat de Jean-Paul Triaille, qui souligne que s'il existe un effet négatif du droit actuel sur la création transformative, « *il n'est clairement pas si grand qu'il empêche le développement*²²⁸ » de ces contenus, ne jouant sans doute un rôle que sur une fraction limitée de projets créatifs.

Un second objectif tient à promouvoir la diversité culturelle. L'action pourrait se situer à la fois **en amont, en favorisant le dialogue entre les créateurs et le partage des créations et en aval, en stimulant la diversité des canaux de diffusion.** Il peut s'agir également de valoriser un patrimoine : la Bibliothèque publique d'information a démarché tous les ayants droits d'une vingtaine de documentaires sur l'urbanisme ou l'habitat, afin d'offrir aux visiteurs du site de la BPI la possibilité de créer des films montés, et de mettre en valeur des films que personne ne visionnait.

Les créations transformatives apparaissent, pour une large part, comme relevant de cultures de niche particulièrement fécondes, qu'il peut y avoir un intérêt public à faciliter. Les auditions ont fait valoir également l'intérêt social et culturel de certaines formes de créations alternatives. En matière de fan-fiction, par exemple, certaines œuvres contiennent une liberté d'écriture et des thèmes singuliers qui rendraient ces œuvres impubliables sur le marché de l'édition : là résiderait, justement, l'une de leurs caractéristiques créatives à préserver²²⁹. La transformation peut avoir des vertus éducatives pour stimuler la créativité de ceux qui se réapproprient des contenus existants. Ainsi, l'appartenance à une communauté permet de modifier les rôles sociaux habituellement assignés, en libérant la parole et l'écriture de personnes qui ne se seraient pas, sinon, senties autorisées à créer publiquement. Ce **phénomène de démocratisation culturelle** a été par exemple rapporté à propos des fan-fictions pour les femmes au foyer, les jeunes en rupture scolaire ou les chômeurs. Le partage des contenus mais aussi des commentaires participe à l'édification individuelle et à la structuration sociale en créant les

²²⁷ Alain Strowel, *Quand Google défie le droit. La gratuité a un prix*, Bruxelles : De Boeck/ Larcier, 2011, p. 98. : « En principe, les producteurs devraient se tourner vers ces usagers, quitte à les menacer d'un procès pour contrefaçon. Mais il n'est pas de bon ton et de bonne politique (commerciale) d'assigner en justice ceux qui font gratuitement la promotion de vos produits. De plus, les ayants droit ont peu à gagner de ces procès : les jeunes usagers des sites UGC ne seront pas condamnés à payer des dédommagements considérables ou, s'ils le sont, ils ne seront de toute façon pas à même de pouvoir payer. Sans compter toutes les difficultés d'ordre juridique et pratique à assigner ces usagers : leur identité n'est souvent pas claire, ils peuvent résider dans des pays où mettre en mouvement une action judiciaire ne va pas de soi, etc. Bref, on comprend que les groupes médias préfèrent s'adresser à l'intermédiaire qui rend possible ou facilite ces atteintes au droit d'auteur. ».

²²⁸ Rapport de Wolf, « *At the outset, one may observe that if there is a chilling effect, it is obviously not as great as to prevent the development of UGC, when one sees the tremendous development thereof. So, if there is a chilling effect, it probably only plays a role on a small part of projects; however, maybe those projects would have been very beneficial and interesting if they had materialized. As we illustrate elsewhere in this Study, if there may be a chilling effect to the present legal framework, there is at the same time an obvious "wait and see" approach from the rightholders, which some commentators, by opposition to the "chilling" effect, have referred to as the "warming up to UGC" effect, in addition to (or especially in light of) the growing phenomenon of monetization arrangements* ».

²²⁹ Catherine Tosenberger, *Potterotics : Harry Potter Fanfiction on the Internet*, thèse de doctorat, Université de Floride, 2007, pp. 34-35.

conditions d'un dialogue culturel permanent, se jouant des distances physiques et des représentations traditionnelles.

Toutefois, **l'émergence de ces communautés joue un rôle paradoxal oscillant entre la promotion de créativités individuelles et la dilution de ces individualités dans le collectif.** Ainsi la figure de l'auteur en tant que source singulière de création - dont Barthes et Foucault avaient déjà annoncé la mort à la fin du XX^{ème} siècle²³⁰ - semble perdre de sa consistance au profit de l'appartenance à la communauté²³¹. Les auditions ont pu rapporter l'ambivalence de la position des membres d'une telle communauté, se considérant souvent comme des infra-auteurs au regard de l'auteur du « canon », liés en tant que co-auteurs avec les autres membres de la communauté tout en étant individuellement à l'origine d'une production massive rythmée par des rendez-vous réguliers. Ces dispositifs créent donc un système d'autorat singulier que le droit d'auteur traditionnel centré sur la personne de l'auteur et sur l'originalité de sa contribution peine à appréhender.

La massification des usages et des contenus ne signifie pas nécessairement que la diversité culturelle soit accrue. Le rôle des grandes plateformes en matière d'homogénéisation culturelle fait l'objet de débats. Une culture participative n'est pas nécessairement une culture diversifiée : la taille de certains diffuseurs tel que YouTube favorise les contenus les plus vus²³². Les arguments sont contrastés. Les dispositifs de hiérarchisation des contenus fondés sur les préférences collectives de l'ensemble des utilisateurs et sur les historiques de navigation de chacun peuvent avoir pour effet de réduire l'écart de la consommation culturelle de l'individu par rapport au groupe et de limiter l'élargissement de ses centres d'intérêts. Mais, à l'inverse, la prescription aléatoire de contenus est susceptible de favoriser la diversité culturelle. Toutefois, la présentation réalisée par les plateformes ne permet pas à des contenus très spécifiques et très originaux de sortir de l'ombre autrement que par une recherche ciblée qui les vise expressément²³³. Ainsi, les formes de production culturelle correspondent à la fois aux goûts généraux des visiteurs du site et aux intérêts commerciaux de ses propriétaires, les autres contenus sont repoussés aux marges en tant qu'ils ne relèvent pas de ces goûts et intérêts dominants. Par conséquent, **si le droit est susceptible d'influer positivement sur la diversité culturelle, c'est en favorisant simultanément la facilité des échanges entre créateurs et leur pouvoir de négociation avec les diffuseurs.**

Enfin, l'objectif de promotion de la création transformative suppose la préservation de la création tant originale que dérivée. Soutenir que le respect de l'œuvre et de l'auteur doivent être au centre de toute réflexion relative aux œuvres transformatives n'est pas nécessairement synonyme de conservatisme. Cela revient à défendre une philosophie de la création selon laquelle, même si l'acte de créer comporte nécessairement une part de chaos et de destruction de l'existant pour proposer un résultat nouveau, ce résultat porte, par définition, la trace d'une singularité. Par exemple, les auteur(e)s de fanfiction ont à cœur de contacter sur Twitter les comédiens, les scénaristes, ou les auteurs de l'œuvre initiale, pour les avertir de leurs propres créations, dans une logique d'hommage et de respect de leur paternité d'origine. Si les mécanismes traditionnels du droit d'auteur peuvent parfois montrer leurs limites à l'égard des systèmes de création participative impliquant plusieurs dizaines ou centaines de personnes présentes dans des lieux divers à des moments différents, on observe toutefois

²³⁰ Michel Foucault : Qu'est-ce qu'un auteur ? in *Dits et écrits*, 1994 ; Roland Barthes, La mort de l'auteur, in *Le Bruissement de la langue*, 1984. ; « l'auteur n'est jamais rien de plus que celui qui écrit, tout comme je n'est autre que celui qui dit je » ou encore « La naissance du lecteur doit se payer de la mort de l'Auteur ».

²³¹ Sur ce phénomène, Mélanie Clément-Fontaine, Les communautés épistémiques en ligne : un nouveau paradigme de la création, *RIDA* 235, janvier 2013, également auditionnée par la commission.

²³² Henry Jenkins, What happened before YouTube ?, in Jean Burgess, Joshua Green, *YouTube : online video and participatory culture*, op. cit, pp. 124-125 : « Sans même parler des inégalités en termes d'accès à la technologie ou à la formation requise pour participer pleinement à YouTube, sans parler non plus du nombre d'utilisateurs qui ne peuvent accéder à internet que par des terminaux publics sur lesquels la mise en ligne de vidéos est impossible, il y a surtout une logique majoritaire au cœur des mécanismes actuelles de modération par les utilisateurs. »

²³³ Pour les risques pesant sur la diversité en matière musicale, on se reportera au rapport de Frank Riester *et al.*, « Création musicale et diversité à l'ère numérique », Paris : Documentation française, octobre 2011.

un attachement certain au sein de ces communautés pour le droit à la paternité –même dans les pays ne le reconnaissant pas en tant que tel – et pour une certaine expression du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre. Il ne s'agit pas de faire de l'œuvre un sanctuaire intouchable à la gloire d'un auteur unique mais de restituer tant que faire se peut et fidèlement, la part de chacun à l'édifice de la création. Par exemple, les concepteurs de la licence Art libre exigent qu'une version de l'œuvre, antérieure à la transformation, demeure toujours accessible. **En conservant les traces des états successifs de l'œuvre**, ils considèrent qu'il n'y a pas retranchement à l'œuvre d'origine mais simple ajout par la transformation. Le phénomène de la création par incrémentation, très répandu dans le domaine du logiciel, ouvre la voie à de nouvelles formes d'expression du droit moral centrées sur la mémoire des processus de sédimentation²³⁴.

Toutefois, la place des auteurs intervenant dans une chaîne de création est encore mal assurée. Ainsi, plusieurs artistes nous ont ainsi fait part, au cours des auditions, de la difficulté de faire protéger les droits d'une œuvre seconde comme un mash-up audio. Les clés de répartition des redevances perçues pour la diffusion des œuvres par les sociétés de gestion collective pour les arrangements et les adaptations témoignent de la difficulté qu'il peut y avoir à pondérer les apports respectifs des contributeurs à la création transformative. S'affirmer comme un créateur délibérément transformatif, ce n'est pas nécessairement être contre le droit des auteurs auxquels on emprunte, dès lors qu'on cherche soi-même à bénéficier de la protection. Comme le souligne Giovanni Sample, sampleur et membre de la SCAM, **l'enjeu peut être de parvenir à « légitimer » son travail** : « mon objectif est d'amener des collectionneurs ou des galeristes à m'acheter mes œuvres ». Il existe donc, chez certains acteurs, une aspiration à réduire l'asymétrie existante entre les auteurs originaires et les auteurs de recomposition.

3.1.2. Les finalités économiques

La question de **la répartition équitable de la valeur entre les différents protagonistes doit être une préoccupation essentielle** de toute action en ce domaine. Il y a sans doute lieu de prendre davantage en considération la spécificité de chaque acteur dans la chaîne de valeur de la création à l'ère numérique : auteur « institutionnel » ou auteur amateur, plateforme de diffusion, utilisateur « actif ». Or, les aspirations de ces acteurs et leur degré de structuration sont éminemment différents : géants du web, sociétés de gestion collective, communautés d'artistes, créateurs amateurs, etc. Des auditions conduites par la mission sont clairement ressortis certains contrastes entre les préoccupations des groupes d'intérêts concernés par l'encadrement juridique de la création transformative.

La répartition équitable des recettes dans la relation auteur/diffuseur. Le principe du droit d'auteur est d'associer le créateur aux revenus tirés de l'exploitation de son œuvre. Par conséquent, **dès lors qu'un tel flux financier existe, il est légitime que les créateurs en perçoivent une juste part**. Si l'intermédiation réalisée par les plateformes est un service essentiel dans la création numérique, et doit en tant que tel pouvoir légitimement générer des revenus à la mesure du service rendu, se pose toutefois la question du partage des revenus de la publicité engagé par certaines plateformes avec les titulaires de droit. Pour l'heure, le cadre juridique est ambigu car il s'appuie sur une relation triangulaire auteur/plateforme/diffuseur originaire susceptible de dégager les plateformes de la responsabilité des contenus postés par les tiers, en leur qualité d'hébergeur. Ainsi, certaines d'entre elles se retranchent derrière ce mécanisme pour refuser d'entrer en négociation avec les ayants droit afin de déterminer des mécanismes de rémunération. C'est dans ce contexte qu'elles militent également pour la reconnaissance d'une exception au bénéfice des utilisateurs réalisant des œuvres transformatives, permettant d'éradiquer l'éventuelle illicéité de ces pratiques, ce qui allégerait leur contrainte de retirer le contenu illicite signalé et permettrait d'éviter un partage des recettes avec les ayants droit.

²³⁴ Ces mécanismes de paternité existe depuis longtemps dans les licences libres de logiciel tels que la GPL.

Ayant engagé un processus d'accords contractuels avec certains diffuseurs prévoyant le versement de sommes forfaitaires sur les revenus générés par les contenus en échange de la mise à disposition complète des catalogues d'œuvres protégées, les sociétés de gestion collective se disent attachées à la poursuite de cette filière contractuelle. Même si les conditions financières ne sont pas nécessairement équitables, elles craignent davantage encore une modification juridique qui priverait les auteurs de cette source de rémunération. **Pour les représentants des sociétés de gestion collective, une exception aurait pour conséquence économique un transfert de revenus des ayants droits vers les plateformes.** En outre, le modèle économique de rémunération ne repose pas sur une distinction claire entre les contenus purement et simplement copiés d'œuvres originales et les contenus les modifiant. La dissociation des régimes entraînerait un coût de surveillance des contenus hors de proportion avec les bénéfices tirés des accords. Enfin, de l'avis de certaines sociétés de gestion collective, la perception auprès du créateur de l'œuvre transformative ou de l'utilisateur qui propose sa diffusion est infiniment trop complexe. Seule une perception auprès de la plateforme – dès lors que la diffusion d'œuvres transformatives serait autorisée et sous cette réserve – constituerait un système rationnel, sauf à créer un modèle extrêmement lourd pour des perceptions qui risquent d'être faibles.

De l'avis exprimé par certains ayants droit lors des auditions, lorsque la diffusion est opérée dans un cadre commercial, les mécanismes de rémunération au bénéfice des auteurs ne doivent pas passer par l'assujettissement des utilisateurs/diffuseurs primaires des contenus transformatifs à une obligation de paiement, laquelle doit être supportée par la plateforme qui génère un chiffre d'affaires directement ou indirectement à partir de ces contenus. Il convient de prendre acte de cette difficulté dans les propositions de scénarios d'évolution.

La redistribution de la valeur en cas de diffusion désintéressée. Les communautés d'utilisateurs numériques nourrissent des réflexions approfondies sur le droit en vigueur²³⁵. Si certaines plaident en faveur d'une réduction du droit exclusif en cas d'œuvre transformative, ces organisations sont conscientes qu'une exception pourrait faire le jeu des grands acteurs de l'internet qui prospèrent grâce à la fréquentation, au nombre et à la qualité des contenus mis en ligne par les utilisateurs. Ainsi, la Quadrature du Net défend l'idée d'une distinction entre les usages transformatifs marchands et ceux qui ne le sont pas, proposant d'exempter cette seconde catégorie de l'autorisation préalable. Philippe Aigrain précise également que traiter les créations transformatives « *sans toucher aux droits d'accès et de partage, sans remettre en cause les DRM ou tout au moins leur protection contre le contournement dans le but d'un usage légitime risque d'être peu productif* ». Quant à la démarche de licitation contractuelle engagée par les sociétés de gestion collective, « *le pire serait si les pratiques transformatives ne devenaient possibles qu'en recourant à des intermédiaires ayant négocié avec les ayants droit. Aucun nouveau droit ne serait donné aux individus et un privilège considérable serait donné à ces intermédiaires.* » Il propose la mise en place d'un système de **contribution créative, un modèle de financement additionnel conçu pour permettre le développement soutenable des activités créatives dans un contexte où le partage serait reconnu comme un droit**²³⁶.

D'autres organisations se prononcent davantage dans le sens des licences libres en considérant que ces modèles juridiques sont plus à même d'accueillir le processus participatif incrémental qui caractérise certaines œuvres transformatives. Les acteurs de la création transformative sont d'ailleurs en général intéressés par la philosophie de partage impliquée par les licences de ce type et y ont recours.

²³⁵ Devin Beauregard, *Cultural Policy in the Digital Age: The Emergence of Fans as Political Agents in Copyright Discourse*, thèse de doctorat, université d'Ottawa, 2011.

²³⁶ Ph. Aigrain, *Sharing*, disponible depuis <https://www.laquadrature.net/fr/sharing-culture-and-the-economy-in-the-internet-age-par-philippe-aigrain>, mécanisme qui suppose notamment de distinguer selon qu'il s'agit d'un usage de marché ou non. Sur la définition de cette notion, 'Non-market' doesn't just mean not having to pay to access a piece of work. Access to a catalog following a subscription is not 'non-market', even if one does not have to carry out a monetary transaction to access each work. On the other hand, one might charge for the means to carry out certain activities without the latter losing their non-market nature. The case of contenthosting sites which are financed by advertising deserves a separate analysis: they are nominally used in a non-market way, but since they trade the attention time of their users with advertisers, for that part of their activity these sites should be considered as commercial distributors like any others., p. 45.

Cependant, quand elles existent, les lignes de frontière entre le caractère commercial ou non commercial de l'usage de l'œuvre manquent de clarté, y compris dans la définition des licences qui se rapportent à ce critère. Ainsi, les écoles de licences libres s'opposent à ce sujet ; lorsque les Creative Commons proposent des combinaisons de licences notamment fondées sur ce facteur, d'autres, à l'instar de la licence Art libre y sont rétifs et considèrent que l'abandon d'exclusivité consenti dans la licence vaut quelle que soit la nature de l'usage de l'œuvre²³⁷.

Ainsi, si l'on sent confusément que les équilibres en présence ne doivent pas nécessairement être les mêmes selon que la diffusion est faite ou non dans un but lucratif, les circonstances qui entourent la communication des œuvres, y compris lorsqu'elle est animée par des motifs altruistes, rendent extrêmement délicate la détermination d'un critère juridiquement opérationnel.

La distribution de la valeur entre auteurs. La plus-value apportée par les créateurs transformatifs constitue une autre question à envisager dans la détermination souhaitable des équilibres économiques. Du fait de leur moindre degré d'organisation collective, les auteurs de créations transformatives sont parfois absents des circuits de rémunération associés à la diffusion de leurs contributions, ou réduits à ne récupérer que des sommes marginales dans des dispositifs optionnels. Recevable lorsqu'ils sont animés par une intention libérale, cette mise à l'écart des flux financiers occasionnés par l'exploitation de l'œuvre transformative, l'est moins lorsque le succès de leurs œuvres est source de gain pour la plateforme de diffusion et pour les titulaires de droit « reconnus ». Les intérêts des créateurs transformatifs, même si nombre d'entre eux ne sont pas directement animés par une intention lucrative, ne doivent pas être négligés.

3.2. Les modalités d'action

Au vu des différents éléments identifiés, il apparaît que plusieurs modalités d'action sont possibles en fonction des choix politiques arrêtés mais également de la compétence respective des Etats membres et de l'Union européenne. Il convient d'aborder ces solutions selon un crescendo partant du statu quo (3.2.1.) pour aller vers l'intervention législative (3.2.2.).

3.2.1. Le statu quo législatif

Le présent rapport a démontré qu'il existe au sein du droit d'auteur actuel des plages de liberté laissées aux utilisateurs et créateurs dans la jouissance et la réutilisation transformative des œuvres, lorsque l'accès aux œuvres n'est pas contrôlé par des mesures techniques de protection. La définition même du monopole des auteurs qui ne porte que sur la forme et non le contenu, la présence d'un seuil de minimis dans la jurisprudence à travers l'appréciation de l'originalité et la théorie de l'accessoire, l'existence d'exceptions offrent de multiples possibilités d'intervention à la création transformative. Un premier mouvement pourrait par conséquent consister à se contenter des mécanismes existant, quitte à en assurer la publicité lorsqu'ils sont par trop méconnus (3.2.1.1.) Cette option minimaliste peut notamment être soutenue au regard de l'existence d'un paysage très florissant en termes d'offre d'œuvres et faiblement contentieux²³⁸. Il est également possible d'encourager des bonnes pratiques, notamment dans la perspective d'une amélioration des conditions d'obtention des autorisations d'exploitation (3.2.1.2.).

²³⁷ C'est en ce sens que s'est prononcé Antoine Moreau lors de son audition par la mission.

²³⁸ Rapport de Wolf : « *This option could be justified on the grounds that rightholders seem generally to tolerate UGC, that UGC is already flourishing (and therefore does not need any specific Commission action) and that there are already various mechanisms put in place by stakeholders (i.e. mainly content-sharing platforms but increasingly also micro licensing possibilities) to deal with UGC and to contribute to a revenue-creating stream for rightholders which provide users with legal certainty with respect to the re-use of protected content.* », p. 516.

3.2.1.1. Accroître l'information relative aux droits d'auteur

Une des difficultés majeures rencontrées par les créateurs amateurs d'œuvres transformatives vient de ce que la connaissance des espaces de liberté créative suppose un certain degré d'expertise. Le dédale du droit d'auteur est familier aux professionnels du domaine mais la difficulté de procéder à une évaluation juridique préalable du risque de contrefaçon pour des « amateurs » risque de les conduire à un excessive frilosité en renonçant à leur projet, ou au contraire à solliciter des autorisations inutiles, voire à les ignorer alors qu'elles sont nécessaires.

Le premier constat que l'on peut dresser tient à ce que **la complexité du droit²³⁹ et l'existence de coûts de transaction hors de proportion avec l'intérêt de la réalisation de l'opération peuvent conduire les individus à adopter deux types de comportements également regrettables** : l'auto-censure liée à la méconnaissance des libertés qu'ils sont à même de mobiliser et à l'aspiration à éviter le risque judiciaire ; le refus systématique de demander l'autorisation préalable en se prévalant de cette complexité. Maintenir le donné légal en l'état supposerait à tout le moins d'organiser de manière satisfaisante la diffusion de l'information relative aux droits mis en œuvre afin d'aider les personnes qui le souhaitent à les respecter. Des mécanismes de facilitation existent d'ores et déjà, que ce soit par le truchement de la gestion collective ou des méta-données accompagnant la mise en œuvre des licences libres. **Il convient d'inciter les auteurs de créations transformatives à faire usage de ces outils pour se renseigner sur les chaînes de droits mais aussi à y participer afin d'être mieux identifiés et de renforcer l'effectivité de leurs propres droits.** La gestion collective comporte l'avantage d'offrir à ses membres la possibilité de collecter des sommes liées à des exploitations dont ils n'auraient pas eu connaissance individuellement (notamment via les accords de représentation réciproque et les mécanismes de contrôle) mais la complexité apparente du système (conditions d'adhésion, renseignements sur les œuvres, conditions des apports relatives aux adaptations) est parfois de nature à dissuader les auteurs amateurs d'y avoir recours. Les licences ouvertes, quant à elles, offrent des mécanismes techniques rapides et simples d'identification des œuvres et des droits mais ne comportent pas toujours de réponses juridiquement claires quant au périmètre de leur application (critère de la commercialité) et à leur opposabilité (localisation). Elles obéissent en outre à une logique de la gratuité qui renvoie à la négociation individuelle les situations dans lesquelles une rémunération pourrait être due. Aucun système n'est donc pleinement satisfaisant mais il est parfois possible de les combiner²⁴⁰.

Le recours à ces mécanismes ne permet jamais toutefois de faire l'économie d'une réflexion de fond quant à la nécessité d'obtenir une autorisation pour transformer une œuvre préexistante. Ainsi, il n'est pas nécessaire de se soumettre aux termes d'une licence, même libre, si le contenu ne nécessite pas de requérir l'accord de l'auteur. Le principe même de la propriété intellectuelle, et tout particulièrement des droits accordés sans formalités, invite toujours à une analyse subjective de la part de celui qui entend reprendre un contenu. Ce dernier doit normalement se poser plusieurs questions : l'élément en question provient-il d'une création ? Cette création est-elle susceptible d'une protection par le droit d'auteur, à savoir est-ce une œuvre généralement reconnue en tant que telle par la loi et la jurisprudence ? Cet élément identifie-t-il l'œuvre d'origine ? La reprise de l'œuvre d'origine conduit-elle à en emprunter des éléments protégés ? Puis-je me prévaloir d'une exception pour procéder à certaines exploitations ? Ce n'est qu'une fois toutes ces questions purgées qu'il convient de s'interroger sur l'identité du titulaire légal et sur les conditions requises pour obtenir l'autorisation de procéder à la transformation..

²³⁹ Rapport de Wolf, « *Some commentators have indicated that, as far as UGC is concerned, users in general do not know well what they may and may not do under national copyright law. It is not surprising as even experienced scholars may agree that it is difficult to explain easily what may or may not be done in that context.* » p. 521.

²⁴⁰ Voir en ce sens, l'expérience pilote de la SACEM à l'ouverture des licences Creative Commons <http://www.sacem.fr/cms/home/createurs-editeurs/creative-commons/experience-pilote-sacem-creative-commons>

Ces questionnements, qui constituent le quotidien des « professionnels », deviennent singulièrement complexes pour les créateurs « amateurs » que le vocabulaire relègue parfois au rang « d'utilisateur générant des contenus ». Le recours à cette expression bien qu'elle ne fasse écho à aucun concept du droit de la propriété intellectuelle marque toutefois la singularité de la place de ces auteurs qui s'ignorent, entrant en création dans le cadre d'un mouvement diffus d'aller-retour entre consommation et production ; des « consommateurs », en somme. Envisagés sous cet angle, l'individu créateur doit, à l'instar du consommateur, pouvoir bénéficier d'une information éclairée pour se mouvoir de manière rationnelle et juste dans le dédale juridique de la création dont il ignore les subtilités. Le caractère occasionnel de son intrusion dans cet univers justifie qu'on ne lui applique pas nécessairement la même exigence de connaissance que celle qui prévaut à l'égard des professionnels.

➤ *Développer un outil simple et interactif d'information sur la mise en ligne d'une création transformative*

A minima, il convient d'aider les individus à se poser les bonnes questions en leur offrant des outils simples d'évaluation des risques et d'aide à la décision. Ce type de vade-mecum présenterait un intérêt certain, notamment pour les utilisateurs « générateurs de contenus », souvent les moins au fait du donné légal. En s'inspirant des logiques du droit de la consommation, **il serait par conséquent loisible aux acteurs de développer un document standard de référence, vers lequel les plateformes pourraient effectuer un lien préalablement à toute mise en ligne d'un contenu**, rappelant les principes essentiels de la matière, par exemple sous forme de questions/réponses, illustrées par des exemples concrets. **Ce vade-mecum pourrait guider la démarche de mise en ligne et prévoir des systèmes d'alerte lorsque certaines précautions auront été négligées, tout en permettant par des mécanismes de liens de renvoyer à l'information nécessaire pour résoudre la question.** A défaut d'un tel référentiel déployé par les acteurs, un document pourrait être développé par le ministère de la Culture et son usage rendu obligatoire. Ainsi, l'amateur aurait l'occasion de connaître plus facilement les marges de manœuvre ouvertes par son système juridique plutôt que de s'en remettre de façon fantasmée à l'invocation d'une exception de *fair use*, qui ne correspond pas à la législation française à laquelle il sera pourtant soumis la plupart du temps pour la diffusion de sa création transformative.

➤ *Encourager la création d'un registre public du domaine public*

Plus généralement, tout mécanisme accroissant l'information sur les libertés d'usage doit être encouragé. Ainsi, des initiatives se multiplient pour rendre visible les œuvres entrées dans le domaine public, à l'issue de la protection par le droit d'auteur. Toutefois, la complexité des calculs, notamment au regard du droit international privé, appellerait selon nous une initiative des pouvoirs publics pour mettre en place un outil sûr et centralisé, aisément consultable. En effet, il va de l'intérêt public de pouvoir accéder effectivement à ses ressources et **il est donc logique que la collectivité supporte ce coût d'administration d'un registre des œuvres du domaine public.** L'avantage de cette démarche consisterait à révéler « le trésor » du domaine public et à offrir une voie rapide à son utilisation. En outre, elle permettrait, en creux, de mettre en lumière les pratiques de réservations abusives et d'en juguler les effets délétères.

L'outil serait d'autant plus puissant qu'il pourrait comporter, au delà des seules œuvres entrées dans le domaine public, des informations sur le régime des droits sur les œuvres encore protégées mais dont leurs auteurs souhaiteraient les mettre à disposition du public gratuitement et de manière irréversible. **Le registre, nécessairement numérique, pourrait comporter plusieurs volets différents et agréger au domaine public légal, un « domaine public consenti ».** Toutefois, cette dernière démarche supposerait sans doute un aménagement légal entourant la renonciation abdicative de certaines précautions, afin que la personne qui décide d'y recourir soit pleinement informée des conséquences de ses actes. La réflexion publique devrait être poursuivie sur ce point. L'expérience de la mise en place de registres d'œuvres orphelines offre sans doute une opportunité de réflexion pour envisager un

modèle d'information performant.

➤ *Normaliser, au plan européen, les mécanismes d'identification des droits et des œuvres*

Bien entendu, il convient de relayer les encouragements européens qui promeuvent une amélioration des mécanismes d'identification des œuvres et des droits, à l'instar des initiatives anglaises érigeant des sites web « hubs » recensant les méta-données des créateurs²⁴¹. Toutefois, les pouvoirs publics doivent également prendre leurs responsabilités et s'attacher à éviter la multiplication d'initiatives désordonnées et coûteuses pour les ayants droit. Tout particulièrement, il faut éviter que ne se développent des standards rivaux et non-interopérables. De ce point de vue, un processus de normalisation au niveau mondial serait souhaitable et à tout le moins une normalisation au plan européen, nécessaire. Les demi-succès des modèles développés depuis vingt ans incitent à la prudence. Ici encore, il apparaît que la charge des coûts d'information autour du régime des œuvres pourrait être supportée par la collectivité publique. Ceci permettrait d'éviter qu'une discrimination de fait ne s'opère quant à la visibilité des contenus, selon que les titulaires peuvent se permettre de supporter ce coût ou pas. Par ailleurs, l'ouverture des catalogues au plus grand nombre et non aux seuls acteurs économiques institutionnels justifie cette mutualisation de la charge. L'accès à l'information devrait également être gratuit pour les utilisateurs-créateurs individuels, de façon à favoriser l'initiative créative chez tous, à condition d'apporter des informations en retour. En revanche, l'utilisation massive des informations répertoriées par de grands diffuseurs professionnels pourrait donner lieu à un paiement permettant le financement de la plateforme.

➤ *Proposer, au plan européen comme national, des lignes directrices d'interprétation des exceptions*

Le statu quo législatif pourrait également s'accompagner d'une « activation » du périmètre des exceptions et du renforcement de leur effectivité. A droit constant **pourraient être développés des instruments de « soft law » au plan national, comme au plan du droit de l'Union pour dégager les lignes d'interprétation des exceptions. A l'instar de ce qui existe en droit de la concurrence** où les acteurs ont fréquemment recours à des lignes directrices pour interpréter, par exemple, les conditions d'exemption d'un accord, il serait souhaitable de recenser les apports de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière d'exceptions afin de dégager les principes à retenir en ce domaine. Ainsi, pourraient être explicitées à destination de tous le contenu et les conditions de mise en œuvre de l'exception de citation ou de l'exception de parodie, notamment au regard de la recherche du juste équilibre entre les intérêts en présence, de l'effet utile des exceptions et de l'analyse du triple test. Au plan national, il pourrait être rappelé que les exceptions ne distinguent pas selon le genre des œuvres et que, par conséquent, la citation peut intervenir quel que soit le champ de la création, dès lors que les autres conditions légales sont respectées. Ces instruments à la normativité limitée permettraient néanmoins de dégager les tendances lourdes de l'interprétation des exceptions et aideraient les acteurs à déterminer leurs comportements avec une marge d'erreur réduite. Ils seraient en tout état de cause préférables aux phénomènes de rumeur qui relaient avec plus ou moins d'exactitude les conditions d'application du *fair use* américain.

²⁴¹ Creators – "self-publishers" – will be able to attach a machine-readable identification to their content, in order to facilitate claims and acknowledgement of authorship and associated rights. This will make it easier to use (and re-use) content. Through more national and regional "hub" websites, like the new industry-led Copyright Hub in the UK, industry will accelerate the development of an efficient market helping users to get the licences they need.

3.2.1.2. Accompagner les bonnes pratiques

➤ *Encourager les accords entre utilisateurs et ayants droit*

Il convient sans doute de poursuivre l'initiative *Licence for Europe*, qui vise à faciliter l'accès au cadre contractuel à l'ensemble des acteurs économiques, en dépit d'un succès mitigé. En tout état de cause, la médiation entre les plateformes de diffusion et les ayants droit doit être poursuivie afin de parvenir à des accords raisonnables pour les parties respectives et bénéfiques pour la diffusion de la culture et de la connaissance. C'est en raison de cet intérêt public tiers et éloigné des simples considérations de marché que la participation indirecte ou directe des pouvoirs publics à ces négociations connaît toute sa justification.

Ainsi, les **conditions d'autorisation de la réutilisation des contenus protégés dans le cadre de créations transformatives à finalité pédagogiques, didactiques, critiques par des institutions dont la mission est de disséminer la connaissance** devraient faire l'objet d'une attention particulière de services du ministère de la Culture, afin que la promotion de ces contenus soit assurée dans le respect des règles du droit d'auteur d'une part, mais également dans un cadre juridique sécurisé et lisible pour les acteurs. Ainsi, il convient d'éviter la multiplication anarchique des initiatives et d'organiser chez les acteurs publics la centralisation des conditions de négociation contractuelle des usages transformatifs lorsque ceux-ci se situent par exemple au confluent de l'exercice du droit exclusif et des exceptions (rémunérées ou non). Ceci permettrait d'éviter notamment la diversification des pratiques des institutions publiques quant à l'accès et l'usage de leurs catalogues, lors même qu'elles sont censées obéir aux mêmes régimes légaux.

On pense également à l'utilité sociale de mettre en place des systèmes de **micro-licences au bénéfice des créateurs d'œuvres transformatives lorsque ces derniers exploitent leurs créations sur leurs propres blogs**. Mais, les mécanismes d'octroi des autorisations devraient être simples et le coût d'accès au répertoire non dirimant. Bien entendu, la source de revenus dérivant de ces exploitations serait limitée, tout particulièrement lorsque ces diffusions ne donnent pas lieu à rémunération et serait fondée sur un forfait. Par ailleurs le système de licence ne répondrait à son objectif que s'il permet une centralisation des autorisations nécessaires. Toutefois, au regard de l'ensemble de ces contraintes, il n'apparaît pas évident que le dispositif contractuel de gré à gré soit susceptible de répondre à ces exigences. Il conviendrait sans doute d'en passer par des mécanismes de gestion collective obligatoire ou d'exception compensée pour parvenir au résultat escompté.

➤ *Proposer un mandat d'obtention d'autorisation par les plateformes pour le compte de leurs utilisateurs*

Une autre piste de réflexion consisterait à **encourager la conclusion d'accords contractuels non avec les diffuseurs individuels de contenus mais avec les plateformes qui les hébergent**. On ne reviendra pas ici en détail sur le contexte légal qui entoure la prestation d'hébergement en Europe, sauf pour rappeler que les mécanismes de responsabilité mis en place par la directive commerce électronique en 2000 et transposés par la LCEN en 2004, éclairés par une abondante jurisprudence subséquente ont eu pour conséquence, jusqu'à présent, de mettre à l'abri l'hébergeur d'une œuvre protégée de l'obligation de s'acquitter d'une autorisation préalable des ayants droit. Que cette situation soit justifiée d'un point de vue légal ou non n'est pas ici notre propos, dans la mesure où l'éventualité de la réouverture de la directive commerce électronique n'est, semble-t-il, pas à l'ordre du jour de la Commission européenne, en dépit de la multiplication des appels en ce sens de la part des ayants droit. La résultante de cet état de fait est que l'existence de contrats conclus entre les plateformes et certaines sociétés de gestion collective associant les ayants droit à la monétisation liée à la diffusion de contenus protégés –contrats dont nous n'avons pas eu communication– ne semble pas reposer sur les bases juridiques habituelles des contrats d'exploitation de droit d'auteur. La fragilité juridique de l'édifice est critiquable dans la mesure où l'existence de tels accords dépend essentiellement de la volonté

unilatérale des plateformes de rechercher un terrain d'entente avec les ayants droit.

Par ailleurs, le système de notification/retrait a laissé progressivement la place à une logique de notification/partage des revenus. Lorsque l'ayant droit repère un contenu non autorisé sur une plateforme lui sont ouvertes plusieurs alternatives : soit il ne fait rien ou négocie directement avec l'émetteur, soit il notifie la plateforme dans le cadre d'une procédure LCEN et demande le retrait du contenu litigieux, soit il notifie et accepte un partage des revenus publicitaires liés à l'exploitation de l'œuvre.

Les accords en question ne sont pas propres aux créations transformatives ; ils n'opèrent pas de distinction selon que les contenus postés par les utilisateurs présentent cette qualité alors que cette circonstance est susceptible d'influer non seulement sur la compétence des sociétés de gestion collective à négocier l'accord mais encore sur le bénéfice des exceptions couvrant cet usage. En outre, lorsque les contenus sont sujets à autorisation et qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une licitation par les ayants droit auprès de la personne responsable de l'acte d'exploitation, leur diffusion est contrefaisante et les personnes qui réalisent un profit à l'occasion de cette contrefaçon (la plateforme comme l'ayant droit) pourraient éventuellement être poursuivies au titre du recel de contrefaçon (théorie du recel-profit).

Le système mis en place semble donc peu conforme aux exigences de la sécurité juridique. Un mécanisme contractuel plus stable devrait être encouragé. Il s'agirait de s'inspirer des pratiques actuelles, qui permettent **un partage de revenus entre la plateforme de diffusion et les ayants droit tout en assurant les utilisateurs contre les risques d'action en contrefaçon.** Le moyen d'y parvenir consisterait à insérer dans les conditions générales d'utilisation (CGU) des plateformes d'hébergement une clause accordant à ces dernières **un mandat pour représenter leurs clients auprès des ayants droit, aux fins d'obtenir l'autorisation d'exploitation nécessaire.** Ce système permettrait de répondre au défi de la massification des utilisations, sans conduire à une multiplication de micro-transactions. Ainsi la plateforme négocierait l'accès au répertoire au nom de l'ensemble des exploitations réalisées par ses clients dans le cadre d'un mécanisme global. Un tel dispositif aurait pour effet vertueux de liciter les actes réalisés par les utilisateurs, sans que ces derniers aient à s'acquitter personnellement de la demande d'autorisation et à en discuter les conditions individuellement. La plateforme négocierait un accord de représentation générale pour le compte de l'ensemble des personnes l'ayant mandatée. Ce mécanisme de rémunération « forfaitaire » pourrait prendre en considération les bénéfices d'exploitation issus de la diffusion des œuvres du répertoire mais aussi le pourcentage d'œuvres dont la reprise est couverte par le bénéfice d'une exception gratuite (citation, parodie, etc.). Le système de rémunération pourrait également ouvrir droit à un traitement différencié des contenus en fonction d'indicateurs d'audience offerts par les plateformes.

Ce mécanisme présenterait donc des avantages conséquents au regard de la situation actuelle. Toutefois, **sa mise en œuvre suppose que plusieurs difficultés persistantes soient résolues.** En premier lieu, le dispositif n'a d'intérêt, s'agissant des créations transformatives, que si les accords passés avec les ayants droit délivrent des autorisations couvrant ce type d'usages des œuvres. Or, nous avons vu que les sociétés de gestion collective ne disposent pas nécessairement de ces droits qui, au bénéfice de l'hybridation du droit d'adaptation, demeurent souvent dans le chef des éditeurs ou des auteurs. L'efficacité du dispositif supposerait donc que les droits couvrant de tels usages transformatifs soient apportés aux sociétés de gestion collective ou fassent l'objet d'un système de guichet unique évitant la multiplication des interlocuteurs. En effet, la plateforme ne sera incitée à adhérer à un tel système que si les coûts de transaction sont limités. Par conséquent, **en matière de création transformative, le corollaire utile du mandat de représentation pour les plateformes serait un mécanisme d'apport du droit d'adaptation au bénéfice des sociétés de gestion collective.**

En second lieu, en l'état du droit, les plateformes n'ont pas l'obligation de procéder à un tel aménagement de leurs relations contractuelles, sauf à redouter la poursuite de recel de contrefaçon. Elles peuvent toutefois y avoir intérêt, car elles offrent ce faisant un service supplémentaire à leurs

clients en sécurisant la diffusion opérée par leur intermédiaire mais, **le coût doit en demeurer raisonnable car elles ne le répercutent pas en principe sur leurs clients**. En troisième lieu, **il convient que le système profite également aux auteurs d'œuvres transformatives**. Pour l'heure, des mécanismes d'intéressement existent selon la politique commerciale des plateformes mais sont souvent fonction du succès des pages vues, sans prendre en considération la nature du contenu diffusé – œuvre intégralement créée par l'utilisateur, œuvre entièrement empruntée à un tiers, œuvre transformative -. Par ailleurs, les auteurs qui utilisent les plateformes pour exposer leurs créations ne font pas nécessairement partie des sociétés de gestion collective parties aux accords. Par conséquent, les sommes perçues au titre de l'exploitation de l'œuvre risquent de ne profiter aux auteurs des œuvres secondes que de manière limitée.

Enfin, ces pratiques contractuelles reposent sur la bonne volonté des opérateurs. Si une plateforme refuse d'introduire ce mécanisme de mandat, rien ne l'y contraint et les conditions de concurrence entre les distributeurs risquent, par conséquent, d'être faussées par les comportements opportunistes des acteurs économiques. La sécurité juridique des utilisateurs pourrait être tributaire des stratégies des plateformes, notamment au regard de la localisation de leurs sièges sociaux et de leur taille. **La légalisation d'une telle obligation de mandat de représentation pourrait être envisagée à travers une logique de droit de la consommation, consistant à garantir aux utilisateurs/consommateurs la jouissance paisible de leur espace de stockage/diffusion (voir infra)**

➤ *Introduire des dispositifs de médiation pour éviter le sur-blocage lié aux dispositifs d'identification*

On a déjà souligné dans le présent rapport la difficulté particulière liée au fonctionnement des mécanismes d'identification numérique des œuvres à propos de la création transformative. L'automatisation de la reconnaissance est susceptible de conduire à des systèmes d'éviction des plateformes de distribution en raison des occurrences similaires alors même que l'œuvre transformative pourrait, d'un point de vue légal, échapper à une demande d'autorisation préalable par le jeu des principes du droit d'auteur (périmètre du droit exclusif, exceptions légales ou prétorienne). **Afin de combattre cet effet de sur-blocage, il convient de promouvoir des mécanismes contradictoires permettant aux créateurs d'œuvres transformatives légitimes de s'opposer efficacement à la demande de retrait de leurs créations** de manière à faire valoir les arguments qui justifient l'usage licite de l'œuvre première hors de toute autorisation. Ces procédures sont d'autant plus utiles qu'elles intéressent directement la liberté d'expression lorsqu'il s'agit de la reprise d'œuvres premières dans le cadre de l'exception de parodie ou de citation²⁴².

Ainsi, il serait souhaitable que soient mises en place **des procédures de médiation ou d'arbitrage permettant de départager les prétentions respectives des auteurs des œuvres concernées**. Le recours à un tiers indépendant serait préférable à une décision prise directement par la plateforme, laquelle peut avoir, pour des raisons liées aux mécanismes de responsabilité des hébergeurs, une propension à écarter le contenu contesté plutôt que d'engager ce dialogue. Une initiative légale au plan européen serait bienvenue, mais rien n'empêche le législateur français d'introduire de tels dispositifs de modes alternatifs de règlement des différends dans sa législation dès lors qu'elle demeure conforme à la directive commerce électronique. On peut penser à **la promotion de tels mécanismes dans le cadre du droit de la consommation, lorsque la personne responsable de la mise en ligne du contenu litigieux n'est pas un professionnel mais intervient à titre**

²⁴² Préoccupation partagée par le rapport de Wolf, citant lui-même les travaux de la Commission à cet effet : « *In the Roadmap concerning the "Initiative on a clean and open Internet: procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries" (June 2012), DG MARKT indicated that it could take an initiative and, amongst the problems which the initiative might address, mentioned "instances of conflicts [of NTD procedures] with fundamental rights such as the freedom of expression (...)". One of the main policy objectives of this initiative could be "to ensure the transparency, effectiveness, proportionality and fundamental rights compliance of Notice & Action procedures". Such fundamental rights include in particular the freedom of speech and the right to fair process.* », p. 522, n° 1599.

individuel, dans le cadre d'une pratique amateur.

3.2.2. Discussions autour de l'opportunité d'une intervention législative

Opportunité selon les acteurs. Les développements qui précèdent recèlent plusieurs pistes d'évolution du droit qui pourraient, à terme, déclencher une intervention législative, notamment dans le cas où les bonnes pratiques peinent à se développer spontanément par les acteurs. La loi remplirait alors une fonction d'accélération et de contrainte à la modification des comportements des opérateurs déjà présents. De nombreux acteurs se montrent à cet égard extrêmement prudents. Reprenant une opinion largement partagée, la SACD indique qu'« *une réforme poserait davantage de questions qu'elle n'en réglerait : existe-t-il une véritable demande sociale ou n'est-ce qu'une illusion ? [...] Faut-il légiférer chaque fois qu'un problème ponctuel se pose ?* ». Si d'aucuns estiment qu'une réflexion sur une exception serait souhaitable, d'autres considèrent que si une exemption juridique expresse était mise en place, il n'y aurait pour les utilisateurs finaux guère de changement concret : il s'agit d'acteurs isolés, peu solvables, qu'il n'y a généralement aucun intérêt à poursuivre en justice. Pour David El Sayegh (SACEM), « *ce que risque le quidam qui poste une œuvre adaptée sur internet, c'est de voir son œuvre retirée.* ». Mais les représentants des ayants droits conviennent que la solution ne peut pas uniquement passer par une simple tolérance de pratiques illicites. Rapportées de façon indirecte à la mission par des intermédiaires tels Emmanuelle Wielinsky-Debats ou Benoît Labourdette, les aspirations des auteurs de mash up et autres sont ambivalentes. D'un côté, ils sont décrits comme n'ayant aucun égard pour le droit applicable, qu'en tout état de cause, ils ignorent largement : ce n'est que de leur aisance technologique et de leur insertion dans une communauté que dépendrait leur plus ou moins grande pratique de la réappropriation et de la création transformative ; d'un autre côté, ils seraient particulièrement rétifs au moindre risque juridique. Par conséquent, leur attitude vis-à-vis de la loi oscille entre indifférence, défiance et invocation d'une solution providentielle. Quant à la doctrine, elle est divisée dans son appréciation de la question. Une partie relève toutefois que la voix des auteurs, moins nombreux et organisés, est pratiquement inaudible, si on la compare à celle des consommateurs, beaucoup plus nombreux et dont le poids sociologique et électoral n'est, par conséquent, pas négligeable²⁴³.

L'effet économique de la mise à disposition illégale d'œuvres transformatives fait l'objet d'incertitudes²⁴⁴. Si les ayants droit et les industriels de la culture invoquent un manque à gagner élevé, en s'appuyant généralement sur l'hypothèse d'une substitution quasi parfaite entre consommations légale et illégale²⁴⁵, il est souvent soutenu, à l'inverse, qu'un usage illégal permet de découvrir des œuvres culturelles qui sont intrinsèquement des biens d'expérience, c'est-à-dire des biens dont on ne connaît pas l'utilité ou la qualité sans les avoir consommés. L'effet net peut même se révéler positif pour l'industrie, occasionnant une demande finalement accrue²⁴⁶. Le cas des œuvres transformatives mises à disposition par des « utilisateurs » se révèle à cet égard plus complexe que la simple diffusion des contenus non modifiés et l'effet économique net, pour les ayants droits, des UGC mis à disposition sans autorisation préalable apparaît plus difficile encore à apprécier (pratiques amateur, part respective de l'œuvre première et de l'œuvre seconde dans la valeur du contenu et répartition des rémunérations, bénéfice des exceptions, etc.).

En outre, la protection du droit d'auteur s'appuie en effet sur un raisonnement économique : l'incitation à la création par l'anticipation de revenus futurs qui cadre mal avec le but non lucratif de

²⁴³ Benoît Galopin, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Paris : LexisNexis, 2012, p. 101.

²⁴⁴ Voir Sylvain Dejean *et al.*, La gratuité est-elle une fatalité sur les marchés numériques ? Une étude sur le consentement à payer pour des offres de contenus audiovisuels sur internet, *Economie & prévision*, 2010/3 n° 194, p. 15-17.

²⁴⁵ Ce qui n'est pas avéré car de nombreuses personnes n'achèteraient pas les fichiers qu'ils téléchargent gratuitement. Voir par exemple Joel Waldfogel, Music File Sharing and Sales Displacement in the iTunes Era, *Information Economics and Policy*, vol. 22, issue 4, 2010, pp. 306-314.

²⁴⁶ Felix Oberholzer et Koleman Strumpf (2007), The Effect of File Sharing on Record Sales. An Empirical analysis, *Journal of Political Economy*, vol. 115, n° 1, pp. 1-42.

certaines créateurs d'œuvres transformatives. S'ils ne sont pas susceptibles d'être rentabilisés par la reproduction, les coûts fixes associés à la création initiale peuvent se révéler dissuasifs. Mais la protection des droits d'auteurs peut aboutir d'une part, à l'apparition de rentes freinant la diffusion des œuvres et d'autre part, à des coûts de transaction pour accéder à celles-ci ayant également un effet négatif sur la création à l'échelle collective²⁴⁷. Par conséquent, le juste équilibre entre la protection des œuvres existantes et l'incitation à la création des œuvres nouvelles, éventuellement transformatives demeure difficile à déterminer. Il conviendrait donc que le législateur étudie avec précision, et notamment à l'aide d'indicateurs économiques fiables, l'opportunité d'une modification du Code de la propriété intellectuelle sur la question des œuvres transformatives. A cet égard, nous disposons de peu d'éléments chiffrés, que ce soit sur l'étendue du contentieux, le blocage éventuel de la créativité liés aux risques juridiques ou encore l'efficacité du dispositif d'exception canadien pour conclure à la nécessité imminente d'une intervention législative.

A supposer cette nécessité démontrée à l'aide de ces instruments, **la spécificité de la situation des « utilisateurs générant des contenus », à savoir des créateurs amateurs, justifierait, selon nous, de solliciter des mécanismes inspirés du droit de la consommation, adapté aux usages de masse et à l'appréhension des relations contractuelles déséquilibrées** dans la triangulation – auteur/plateforme/créateur-utilisateur-. A cet égard, on peut rappeler qu'une telle intervention législative – au plan national ou européen - pourrait être envisagée, de manière palliative, en cas de défaillance des acteurs, aux fins de :

- créer un registre public du domaine public (légal et consenti) ;
- normaliser les standards d'identification des œuvres et des droits ;
- assurer aux utilisateurs la possibilité de diffuser légalement des contenus par des mécanismes de mandat insérés dans les CGU des plateformes...

Il s'agit donc dans le présent paragraphe d'aller plus loin et de se livrer à un exercice de spéculation sur l'opportunité de modifier le droit de la propriété intellectuelle dans la perspective d'une meilleure incitation à la création, même lorsque celle-ci emprunte des éléments préexistants protégés par le droit d'auteur. Envisagée sous un pur rapport de temporalité, la question est délicate puisqu'elle conduirait à discuter la légitimité respective des créateurs selon qu'ils sont premiers ou seconds à avoir œuvré. Or, l'intérêt social de la création ne peut pas s'envisager simplement dans ce cadre, d'autant moins légitime, qu'il a déjà été amplement démontré dans le présent rapport (partie I) que la création constitue en soi un phénomène de transformation de l'existant. Lorsqu'il s'agit plus spécifiquement de créations explicitement transformatives, l'articulation des droits des différentes personnes qui peuvent prétendre avoir participé à la réalisation du tout doit être pensée de manière que cette création puisse être diffusée au bénéfice du public, sans léser les intérêts de personne.

Posée en ces termes, la discussion suppose de réfléchir de manière générale à l'efficacité du dispositif en place pour promouvoir la création, et oblige à revisiter l'ensemble des institutions du droit d'auteur et non à envisager les seules exceptions au bénéfice des « UGC ». De ce point de vue, **nous rejoignons donc les conclusions du rapport de Wolf selon lequel il ne peut y avoir une réponse unique à la question de la création transformative, notamment par l'instauration d'une simple exception *ad hoc***²⁴⁸. En outre, la création ou l'extension d'une exception existante pose la difficulté de la compétence d'un Etat membre de l'Union à agir alors qu'il se trouve contraint par le cadre légal de l'acquis communautaire. Par conséquent, **toute réflexion relative à la création d'une exception, au regard de la liste limitative figurant dans la directive 2001/29 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information et du principe d'interprétation stricte des exceptions**

²⁴⁷ Joëlle Farchy, Le droit d'auteur est-il soluble dans l'économie numérique ? , *Réseaux*, 2001/6 n° 110, p. 18-19.

²⁴⁸ op. cit., p. 47 : « More generally, if a certain percentage of UGC works do contain quotations of pre-existing works, it does not appear to us that this is the case for most UGC works. Harmonizing the conditions more precisely would facilitate the authors of some UGC works but will not, as such, provide "the solution" to UGC in general if there was to be a need to facilitate its dissemination on the Web. »

régulièrement réaffirmé par la CJUE suppose d'être menée au plan de l'Union européenne et non dans le seul cadre national. Quant à l'adaptation de l'exception de citation évoquée dans le rapport Lescure, elle ne peut pas davantage être envisagée de manière spécifiquement française, soit pour s'assurer de sa possible réception dans le droit de l'Union, soit pour proposer une modification du cadre légal européen²⁴⁹.

Par conséquent, sans aucunement négliger l'hypothèse du recours aux exceptions, nous tâcherons d'envisager la modification éventuelle du paysage légal à l'aune de l'amont et de l'aval de la création transformatrice : l'accessibilité au matériau servant de base à la création (3.2.2.1.) ; la diffusion de la création transformatrice (3.2.2.2.)

3.2.2.1. L'accessibilité des œuvres objets de la transformation

Formalités constitutives et formalités déclaratives. S'agissant de l'accessibilité à la matière première créative, il convient de distinguer l'accès technique et l'accès juridique. On a déjà pointé du doigt la difficulté qui consiste à identifier les œuvres et la chaîne des droits. Certains auteurs suggèrent à cet égard d'introduire des formalités, lesquelles ont l'intérêt de permettre une meilleure information sur les œuvres protégées mais présentent l'inconvénient de précipiter dans la non-protection les œuvres n'ayant pas fait l'objet d'un enregistrement. Outre que, d'après une doctrine représentative, ce mécanisme semble contraire aux prescriptions de la convention de Berne il ne nous paraît pas opportun de promouvoir un système à deux vitesses selon que le créateur aura ou non été diligent dans les formalités de dépôt. Ce mécanisme conduit en outre à rendre plus difficile la protection des œuvres non fixées et ne correspond pas à la conception française du droit d'auteur selon laquelle l'œuvre est protégée dès le moment de sa création. Par conséquent, un mécanisme de dépôt constitutif des droits serait inconciliable avec ce principe. Rien n'empêche, en revanche, de favoriser les systèmes de dépôt à titre d'information et les pouvoirs publics peuvent à cet égard accompagner l'effort de normalisation qui est à l'œuvre.

Accessibilité des fichiers en format ouvert. Hormis la possible difficulté de rechercher des œuvres et des auteurs, par accès « technique », on veut signifier – comme en ont témoigné de nombreuses personnes auditionnées – qu'une des difficultés principales des créateurs numériques consiste à **trouver un fichier des œuvres existantes qui soit librement accessible dans un standard autorisant la manipulation du fichier pour permettre la transformation créative.** Or cette étape est décisive puisque de la disponibilité de ces fichiers dépend le fait même de la création dérivée. Sans matière première, il ne peut y avoir de « transformation ». Ce problème n'existe pas lorsque les titulaires de droit ont fait le choix de laisser en libre accès leurs œuvres dans un standard ouvert, ce qui est par exemple le corollaire de certaines licences libres. Il peut en revanche se manifester lorsque le fichier mis en circulation a fait l'objet de mesures techniques de protection qui en limitent l'accès ou

²⁴⁹ Au plan communautaire, divers documents de la Commission européenne traitent de la question mais se montrent prudents sur l'opportunité d'une intervention ; Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy 2008 : « However, before any exception for transformative works can be introduced, one would need to carefully determine the conditions under which a transformative use would be allowed, so as not to conflict with the economic interests of the rightholders of the original work. » ; Communication of 19 October 2009 on Copyright in the Knowledge Economy : « most of the stakeholders consider that it is too early to regulate » ; Communication of 24 May 2011 on a Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe : « There is a growing realisation that solutions are needed to make it easier and affordable for end-users to use third-party copyright protected content in their own works. » ; Communication of December 18, 2012 on Content in the Digital Single Market : « The Commission's objective is to foster transparency and ensure that end-users have greater clarity on legitimate and non-legitimate uses of protected material, and easier access to legitimate solutions. » ; Discours du commissaire Barnier en date du 4 février 2013 : « Nous devons mieux cerner l'étendue des problèmes – s'ils existent car des arrangements pratiques dont déjà en place – et en tout cas faire en sorte que les solutions contractuelles ou technologiques soient trouvées pour le bénéfice de tous, lorsque le besoin existe. »

la copie. Or, dans ce cas, l'accès technique se double d'un accès juridique puisque la loi sanctionne le contournement des mesures techniques de protection, conformément à la prescription de la directive 2001/29, incorporant elle-même les enseignements des traités OMPI de décembre 1996. En France, conformément aux prescriptions de l'article 6 paragraphe 4 de ladite directive, des mécanismes légaux ont été mis en place devant la HADOPI pour aménager l'accès au fichier afin de permettre le jeu des exceptions. Toutefois, l'excessive complexité du mécanisme en a démontré l'inefficacité²⁵⁰, poussant les créateurs à préférer l'illégalité du contournement de la mesure technique de protection ou à renoncer à leur projet plutôt que de se lancer dans cette procédure longue et aléatoire.

Une première préconisation consiste donc, à l'occasion de la prochaine loi sur la création, à revoir le mécanisme en place pour en faciliter et en étendre le bénéfice, dans le respect des obligations internationales de la France. **Il pourrait ainsi être envisagé de créer une obligation de mise à disposition des fichiers dans un standard ouvert, limitée à certains usages définis par la loi.** Le risque de cette ouverture serait en tout état de cause jugulé par la possibilité de poursuite lorsque l'usage du fichier n'a pas été fait dans le cadre légal. **La question de la disponibilité publique des fichiers numériques** pose de délicats problèmes, techniques, économiques et juridiques, au carrefour du droit de la propriété intellectuelle, du droit des contrats et du droit des biens. Si demain tous les auteurs décidaient de mettre à disposition leurs œuvres dans des formats numériques inaccessibles, il en résulterait un appauvrissement culturel considérable par la glaciation de la création à un moment donné. Certes, cette hypothèse est peu réaliste car nombre d'auteurs souhaitent au contraire ce partage culturel avec leurs pairs mais la réalité est que, souvent, ils n'ont pas leur mot à dire sur les conditions de diffusion de leurs œuvres sur les plateformes qui peuvent créer ces encapsulations de la création dans des protections techniques à des seules fins de contrôle du marché. Toutefois, la réflexion dépasse le seul cadre de la création transformative et, par conséquent, les limites du présent rapport mais elle nécessite, selon nous, qu'une réflexion renouvelée soit menée par les pouvoirs publics.

Préconisation n° 8 : Accompagner, dans le domaine du droit d'auteur, la réflexion autour de la nécessité d'une disponibilité publique des fichiers numériques en standard ouvert.

S'agissant de la « disponibilité juridique » des œuvres, il est loisible de rebondir sur une suggestion d'instaurer **une procédure spécifique, avant-dire droit, permettant aux auteurs de faire évaluer par une instance juridictionnelle la présence d'une originalité de l'œuvre.** Cette proposition a été articulée par certains auteurs²⁵¹ pour juguler l'aléa judiciaire qui fait que la protection d'une œuvre est tributaire de la reconnaissance tardive de son originalité, au moment même du procès en contrefaçon ; elle n'est en rien spécifique à la problématique des œuvres transformatives. Elle serait néanmoins utile dans cette perspective car les auteurs tant de l'œuvre première que de l'œuvre seconde pourraient, à l'aide d'un tel mécanisme, prévoir avec un degré important de probabilité l'existence ou l'absence de contrefaçon. Ainsi, si l'œuvre première est insuffisamment reprise pour que les éléments originaux qui la caractérisent soient présents dans l'œuvre seconde, la prétention de l'auteur de l'œuvre première serait injustifiée. Inversement si l'auteur de la réalisation seconde n'a pas « augmenté » l'œuvre première d'une telle manière que le résultat produit présente une originalité distincte, il ne pourra pas prétendre à jouir d'un droit d'auteur sur son œuvre. Ce type de mécanisme pose néanmoins toute une série de questions quant à son accessibilité (longueur de la procédure, coûts induits...), son opposabilité (réduite à l'instance, générale, etc.), quant à l'autorité compétente. Un dispositif partageant cette philosophie consistant à prévenir le risque de contrefaçon existe d'ores et déjà en matière de brevet²⁵² où le candidat à l'exploitation peut mettre en demeure le titulaire de se prononcer

²⁵⁰ A notre connaissance, le système n'a jamais fonctionné à destination des simples individus depuis sa mise en place en 2006.

²⁵¹ En ce sens, G. Vercken, L'originalité vue par la pratique : vers une reconnaissance de présomptions généralisées d'originalité, *LPA* 6 décembre 2007, n° 244, p. 17.

²⁵² Article L. 615-9 du Code de la propriété intellectuelle

Toute personne qui justifie d'une exploitation industrielle sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté économique européenne ou de préparatifs effectifs et sérieux à cet effet peut inviter le titulaire d'un brevet à prendre parti sur l'opposabilité de son titre à l'égard de cette exploitation dont la description lui est

sur le caractère a priori contrefaisant ou non de l'exploitation envisagée et le cas échéant demander au tribunal de se prononcer sur ce point. Mais le dispositif vise des relations industrielles et individuelles et non pas des usages de masse comme ceux qui nous intéressent. En revanche, on peut songer à poursuivre la réflexion afférente aux outils de régulation en proposant un mécanisme inspiré des logiques d'exemption délivrées par les autorités de concurrence, soit sur une base individuelle, soit au terme d'une analyse plus technique (appréciation de minimis, détection technique des occurrences similaires...).

3.2.2.2. La diffusion de la création transformative

S'agissant de la « diffusion » de la création transformative, elle implique deux séries de considération :

- la préservation des droits des auteurs des œuvres incorporées ;
- la légitimité de la diffusion de la création « seconde ».

Ces deux préoccupations recourent la même idée : **l'auteur d'une œuvre originale, quelle qu'elle soit, y compris transformative, doit pouvoir jouir de son droit d'auteur sur son œuvre**. On passera en revue ici les pistes de réflexion avancées par les personnes auditionnées ou présentes dans la littérature disponible ou encore proposées par nous-mêmes, en émettant un sentiment sur l'aptitude potentielle de chacune de ces solutions à répondre aux enjeux identifiés.

➤ La création transformative dans le cadre des licences libres

Les mécanismes de licences libres²⁵³ – dont le CSPLA a déjà éprouvé les caractéristiques dans un précédent rapport - répondent partiellement à cet objectif lorsque ils prévoient en leur sein la possibilité de modification des œuvres préexistantes. L'auteur de l'œuvre première autorise « publiquement » toute personne à se servir de son œuvre, à la modifier et à en assurer la diffusion. Toutefois, ces systèmes reposent sur une adhésion volontaire des acteurs de la chaîne acceptant les conditions contractuelles et se limitent à ces seules personnes. Elles n'ont pas vocation à une opposabilité erga omnes et présentent des solutions particulières liées aux choix des rédacteurs de licences. Par ailleurs, l'organisation de certaines licences s'articule autour du critère d'usage commercial ou non, sans que le cadre de référence ne soit nécessairement clair et unanimement admis. **Le caractère partiel de la solution apportée par les licences libres à la question de la création transformative n'obère ni ne remplace l'intérêt d'une réflexion plus générale sur l'éventuelle opportunité d'une intervention légale.**

➤ Le droit au partage non marchand

Lors des auditions de la mission, certaines propositions ont été articulées par Philippe Aigrain, au nom de la Quadrature du Net. Le système proposé repose sur une double approche : une libération complète des créations transformatives vis-à-vis des droits exclusifs patrimoniaux pour les pratiques non marchandes décentralisées ; des droits d'exploitation pour les auteurs et les distributeurs de créations transformatives, dont la nature soit telle que ces droits puissent être mis en oeuvre de façon simple et efficace, y compris à l'égard des plateformes de distribution. **La Quadrature du Net défend la**

communiquée.

Si ladite personne conteste la réponse qui lui est faite ou si le titulaire du brevet n'a pas pris parti dans un délai de trois mois, elle peut assigner ce dernier devant le tribunal pour faire juger que le brevet ne fait pas obstacle à l'exploitation en cause, et ce, sans préjudice de l'action en nullité du brevet et d'une action ultérieure en contrefaçon dans le cas où l'exploitation n'est pas réalisée dans les conditions spécifiées dans la description visée à l'alinéa précédent.

²⁵³ Pour une analyse d'ensemble du phénomène, également auditionnée par la mission, M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, Bruylant, Bruxelles, 2014.

reconnaissance d'un droit au partage non marchand entre individus des œuvres numériques qui inclut les pratiques transformatives. Ce droit est restreint au partage décentralisé, c'est-à-dire aux échanges directs entre internautes. Il est mis en place par la définition d'un nouveau type d'épuisement des droits sur les usages non marchands décentralisés des œuvres numériques, et comprend la fourniture de moyens aux individus pour l'exercice du droit au partage. Il permet donc aux individus des pratiques transformatives libres et la diffusion de leurs résultats. Ce droit ne s'applique pas aux plateformes de services web type YouTube ou Dailymotion en raison de leur caractère centralisé. Si la Quadrature du Net ne se montre pas hostile à l'étude d'exceptions relatives aux pratiques transformatives, elle met en exergue les risques d'incertitudes juridiques entourant leur éventuelle mise en œuvre, et souligne la possibilité d'effets pervers des exceptions d'encouragement aux plateformes de services centralisés par rapport aux usages autonomes.

L'intérêt de la réflexion menée est indiscutable mais pose **deux séries de difficultés ; le périmètre du non-marchand²⁵⁴ d'une part, et la limitation du dispositif aux systèmes de partage décentralisé.** En effet, la notion de non-marchand ne recouvre aucune figure connue de la propriété intellectuelle, qui appréhende seulement - et mal²⁵⁵ - la dimension commerciale ou non d'un usage. Plus généralement, le marché et par conséquent, le marchand peinent à être saisis de manière univoque par le droit. Par ailleurs, l'opposition entre l'acte à titre gratuit et à titre onéreux qui, en droit civil, justifie des différences de régimes juridiques, ne fait pas référence à l'existence d'une somme d'argent mais à l'intérêt par lequel l'opérateur est mu lorsqu'il passe cet acte ; est-il ou non désintéressé ? Attend-t-il une contre-prestation ou agit-il pour des motifs purement altruistes ? Ainsi, du point de vue juridique, parce qu'il apporte précisément une contre-prestation, un échange ne constitue pas une relation désintéressée mais un acte à titre onéreux. En grossissant le trait, l'échange est par excellence une relation marchande. Par conséquent, il est difficile de donner juridiquement à la notion de partage non marchand un contenu substantiel clair qui permette de circonscrire le champ d'application de la mesure. Ce même type de difficultés se retrouve avec la notion de commercialité (voir infra).

Par ailleurs, la proposition articulée par la Quadrature du Net a pour objet de favoriser les échanges décentralisés entre pairs et n'a pas vocation à s'appliquer à la mise à disposition de contenus sur des grandes plateformes d'hébergement. L'objectif pertinent de ce statut serait de favoriser le pluralisme des canaux de distribution des contenus en rendant les échanges individuels juridiquement plus attractifs que la centralisation des hébergements sur quelques plateformes en position dominante. Toutefois, l'hypothèse sur laquelle repose le dispositif consiste à spéculer sur le fait que l'incitation juridique serait susceptible de modifier le comportement des agents. Or, cette solution, à supposer que les effets induits escomptés prospèrent, ne résout pas le problème de court terme des personnes qui choisissent de diffuser leurs contenus transformatifs sur des plateformes centralisées. Ces mises à disposition continueraient à être assujetties à une autorisation préalable, sauf à développer des mécanismes d'exception. Par conséquent, nous rejoignons sur ce point les conclusions du rapport Lescure²⁵⁶, et considérons que le mécanisme suggéré ne nous semble pas répondre, pour l'heure, à l'ensemble des dimensions de la problématique de la diffusion des œuvres transformatives, même s'il constitue une piste intéressante de solution pour le domaine qu'il entend couvrir.

➤ *La dépénalisation des UGC*

S'agissant de l'action en contrefaçon, les textes communautaires afférents ont suggéré aux Etats

²⁵⁴ V. Ph. Aigrain, *Sharing*, Amsterdam University Press, 2012, p. 15 : définissant le non-marchand comme le partage sans transaction monétaire directe ou indirecte. *We defend the view that sharing without direct or indirect monetary transaction – or “non-market” sharing – is legitimate.* On notera que la notion d'échange se traduit en anglais par celle de partage, qui sont là encore des notions juridiques différentes.

²⁵⁵ Dans les exceptions françaises, on trouve pêle-mêle la notion de non-commercial, sans but lucratif, etc, sans aucune définition de ces concepts.

²⁵⁶ Rapport Lescure, Tome 1, notamment, p. 31 : La légalisation des échanges non marchands se heurte donc aujourd'hui à un trop grand nombre d'obstacles juridiques, économiques et pratiques pour pouvoir constituer, à court terme, une réponse crédible à la problématique du piratage.

membres de distinguer selon que la contrefaçon s'opère ou non à l'échelle commerciale pour déterminer certaines procédures et sanctions. La France n'a toutefois pas suivi cette direction qui n'était qu'une option. Cette même idée avait un temps irrigué le législateur français lorsqu'il s'était agi de lutter contre « le peer to peer ». Le projet de loi DADVSI comportait notamment une contraventionnalisation des peines de la contrefaçon pour les actes de contrefaçon opérés via cette technologie²⁵⁷, mais la disposition avait été retoquée par la décision du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 2006²⁵⁸ comme non conforme au principe d'égalité devant la loi pénale. Par conséquent, les tentatives de distinguer les sanctions selon l'ampleur et la finalité de la contrefaçon sont pour l'instant restées vaines en droit français. Il serait éventuellement loisible de reconsidérer cette discussion à l'aune de la question des œuvres transformatives²⁵⁹. Ainsi, il pourrait s'agir de ménager des sanctions « plus douces » dans le cas où la personne qui est à l'origine de la contrefaçon est un individu personne physique qui ne cherche pas dans la diffusion de l'œuvre un profit monétaire. On pourrait ainsi jongler avec les circonstances qui entourent l'acte de contrefaçon pour moduler les sanctions (circonstances atténuantes ou aggravantes). Une telle logique pourrait se décliner de manière intéressante dans le champ de la diffusion de la création transformative, notamment lorsqu'elle est le fait des personnes physiques/utilisateurs. Toutefois, la censure passée du Conseil Constitutionnel conduit à émettre des réserves sur la légalité d'un tel traitement différencié et également sur la difficulté d'opérer une ligne de partage claire entre les facteurs de distinction (personne à l'origine de la diffusion, utilisation d'une certaine technologie, caractère commercial ou non de l'activité de la personne, dimension lucrative occasionnelle de l'acte de diffusion, etc.).

➤ *La transposition du fair use en droit français*

Une solution, souvent évoquée par les auteurs de mashup et remixes et déjà abordée dans le présent rapport²⁶⁰, consisterait à intégrer en droit français **un régime décalqué du « fair use » américain**. Hormis les conditions techniques de mise en œuvre²⁶¹ dont a vu qu'elles ne conduisaient pas à des solutions d'une limpidité et d'une prévisibilité bien supérieure au droit français²⁶², il convient de

²⁵⁷ Après le rejet de la licence globale, le gouvernement, avait proposé de contraventionnaliser les actes de téléchargement d'œuvres protégées à travers les réseaux : 38 euros pour le téléchargement réceptif – *download* –, 150 pour le téléversement – *upload* –. Le dispositif devait être éclairci ultérieurement par décret afin de savoir si l'amende s'acquitterait au détail (à l'œuvre) ou, en gros (par poursuite).

²⁵⁸ Voir notamment sur cette décision, V.-L. Benabou, Patatras ! A propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 2006, *Propri. Intell.*, juill. 2006, p. 1.

²⁵⁹ Le rapport Lescure y invitait par exemple, Tome 1., p. 30 : « *Pourtant, si les atteintes au droit d'auteur doivent être combattues, le choix de la méthode doit tenir compte de la réalité des usages et des perceptions. De nombreuses études témoignent de l'incompréhension grandissante des publics à l'égard de la propriété intellectuelle, alimentant une forme de banalisation du piratage. Ce constat invite à mieux distinguer, dans la lutte contre le piratage, les pratiques occasionnelles et personnelles, sans objectif d'enrichissement, des activités lucratives déployées par certains acteurs de l'Internet, reposant de manière systématique sur la diffusion de biens culturels contrefaits.* »

²⁶⁰ Voir supra, première partie.

²⁶¹ Paragraphe 107 du Copyright Act : the use of a copyrighted work is permissible if it is made for purposes such as (without this list being limitative) criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship or research, and where the evaluation of four criteria strikes in favour of the user : (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for non-profit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole, and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

²⁶² Cités par le rapport de Wolf, Robert C. Bird and Lucille M. Ponte, "Protecting moral rights in the United States and the United Kingdom: Challenges and opportunities under the U.K.'s new performances regulations", *Boston University International Law Journal*, vol. 24:213, 2006, p. 214 : "In digital sampling cases, the U.S. courts have utilized divergent legal tests with opposite outcomes with findings of liability and per se infringement in some cases to exceptions to liability under fair use and de minimis in other disputes" ou encore p. 495-496 in the US case *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, decision of September 7, 2004 of the United States Court of Appeal for the sixth circuit, case N° 02-6521 and 03-5738, available online at <http://fsnews.findlaw.com/cases/6th/04a0297p.html>, The Court of Appeal reversed the decision of first instance, which had found the sampling not in violation of copyright law, and ruled

rappeler que le mécanisme du *fair use* aux Etats-Unis se comprend dans un cadre philosophique et institutionnel très différent. D'une part, il s'agit fondamentalement d'une législation sur le copyright – droit de copier – et non sur le droit d'auteur – droit de contrôle de l'œuvre par son auteur²⁶³ - et cette dimension irrigue l'ensemble du dispositif légal et non le seul *fair use* ; d'autre part, le mécanisme flexible de détermination des cas de *fair use* trouve toute sa place dans un système reposant sur le précédent judiciaire, là où les arrêts de règlement sont prohibés par la législation française, interdisant aux juges de se référer aux décisions antérieures de leurs pairs. Par conséquent, nous rejoignons les conclusions du rapport de Wolf, selon lesquelles l'acculturation de la notion de *fair use* dans la législation nationale n'est pas opportune dans la mesure où elle introduirait des perturbations majeures dans les équilibres réalisés par le Code de la propriété intellectuelle, sans garantie d'une amélioration convaincante du sort des auteurs des créations transformatives²⁶⁴, notamment lorsque les plateformes utilisent des systèmes d'empreinte²⁶⁵. La question de l'opportunité d'introduire une clause semi-ouverte²⁶⁶ permettant de décloisonner le bénéfice des exceptions par le jeu d'une interprétation large, ou par analogie, notamment pour s'adapter aux évolutions technologiques ne nous semble pas davantage apporter de réponse spécifique lorsque les créations transformatives ont un objet purement esthétique ou récréatif.

➤ *Elargir le champ d'application des exceptions existantes*

Toujours dans une perspective large, on peut songer à **élargir, par une intervention législative, le champ de certaines exceptions existantes** de manière à ce que les créations transformatives soient

that the sampling was infringing copyright. The Court highlighted that an owner of the copyright on a sound recording had exclusive right to duplicate the work, even in parts, and found no applicable statutory limitation of this right. There is no "de minimis" rule, according to the court, when it comes to sampling of sound recordings fixed on a medium, as opposed to small parts of musical compositions, because it is a physical taking rather than an intellectual one. In its decision, the court wrote a remarked statement: "Get a license or do not sample. We do not see this as stifling creativity in any significant way." ; voir encore, refusant le jeu du *fair use*, Warner Bros. and J. K. Rowling v. RDR Book : Warner Bros. Entertainment, Inc. and J. K. Rowling vs. RDR Books (575 F.Supp.2d 513), decision of September 8, 2008 of the United States District Court, Southern District of New York, A. J. Sanders, "J.K. Rowling and The Lexicon: Warner Bros. Entertainment Inc. and J.K. Rowling v. RDR Books, et al.", *EIPR*, 2009, p. 45.

²⁶³ Cette brève présentation est nécessairement manichéenne... Pour une vision complète, A. Strowel, *Droit d'auteur et Copyright*, Bruylant, Bruxelles, 1993 ; ou encore du même auteur, *Droit d'auteur et Copyright. Convergence des droits, régulation différente des contrats*, in *Mélanges Lucas*, Lexis Nexis, 2014, p. 699.

²⁶⁴ Rapport de Wolf, p. 536 : « *Legal uncertainty in the US fair use system is mitigated by more than two hundreds of years of binding case-law, which provides thousands of examples of application of the fair use criteria in particular cases. The adoption, from scratch, of a similar system in the EU would lack this fundamental element and leave practitioners and courts in great uncertainty when it comes to predict the application of, and to apply such a norm to individual cases. We follow the views expressed by Ian Hargreaves in his 2011 review that promoting a Fair Use Copyright exception in the EU is not the best solution, because the economic benefits of a more adaptative copyright regime are more likely to be attained in practice otherwise and because there are genuine legal doubts about the viability of a US case law based legal mechanism in a European context.* » et également, p. 538 : « *For the needs of this Study, we consider that a horizontal provision bringing more flexibility to all exceptions goes beyond what is needed for securing the legal status of UGC.* »

²⁶⁵ Fred von Lohmann to Deeplinks Blog, YouTube's January Fair Use Massacre, <http://www.eff.org/deeplinks/2009/01/youtubes-january-fair-use-massacre> (Feb. 3, 2009) (describing how, following a dispute between YouTube and Warner Music, YouTube's Content ID filtering system removed many user videos that used Warner's music without distinguishing fair from infringing uses).

²⁶⁶ Suggestion émanant notamment de Martin Sentfleben et Bernt Hugenholtz, qui appellent à introduire en droit européen davantage de flexibilité dans la législation néerlandaise et européenne en créant une disposition semi-ouverte déterminant que: "it does not constitute an infringement to use a work or other subject-matter for non-commercial scientific research or illustrations for teaching, for the reporting of current events, for criticism or review of material that has already been lawfully made available to the public, or quotations from such material serving comparable purposes, for caricature, parody or pastiche, or the incidental inclusion in other material, provided that such use does not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder".

davantage à l'abri de l'action en contrefaçon qu'elles ne le sont actuellement. Une telle suggestion, dont on a déjà esquissé les voies possibles d'évolution dans la partie consacrée à l'analyse du droit positif, ne peut prospérer, au plan national, que dans la limite des compétences du législateur français dans le cadre du droit de l'Union ou doit alors être élevée au plan « communautaire ». En l'état du droit, les exceptions ne distinguent pas selon que l'usage conduit à la réalisation d'une création transformative ou non. Par conséquent, l'élargissement des exceptions n'aurait pas un simple effet ciblé sur les créations transformatives mais profiterait plus amplement à des acteurs non créateurs. Cette circonstance doit être mesurée avant de procéder à une éventuelle intervention législative. Par ailleurs, le bénéfice d'une exception conférée à un utilisateur qui « poste » un contenu sur une plateforme d'hébergement pose la question de la perturbation des écosystèmes qui tendent à se mettre en place entre ayants droit et plateforme. En effet, il ne faudrait pas que l'exception ait pour conséquence de tarir une source de rémunération liée aux négociations en cours avec les hébergeurs dont on rappelle qu'ils jouissent d'une exonération de responsabilité au titre de la directive commerce électronique. Il convient donc de veiller à ce que l'élargissement de l'exception n'induisse pas un tel effet négatif en permettant aux plateformes de faire valoir que les utilisateurs jouissent d'exceptions gratuites.

Le rapport de Wolf semble considérer que l'activation de **trois exceptions** rendues obligatoires dans tous les Etats membres, à savoir **la parodie, la citation et les inclusions fortuites**, si elle ne suffirait pas à couvrir tous les cas de UCG, permettrait toutefois de résoudre l'essentiel d'entre eux et surtout les expressions les plus dignes d'intérêt du point de vue des échanges d'idées et du développement culturel²⁶⁷. Cette option supposerait selon le rapport de Wolf de clarifier le statut des exceptions en droit européen (exceptions obligatoires ou facultatives pour les Etats membres) et de considérer que certaines d'entre elles devraient être d'ordre public²⁶⁸.

L'exception de parodie

S'agissant de l'exception de parodie, elle ne nous semble pas devoir appeler de révision en droit français²⁶⁹, les termes de sa définition étant suffisamment larges pour accueillir de nombreux usages. L'unique clarification pourrait consister à préciser la notion de « lois du genre », dont la jurisprudence a tendance à limiter l'acception au propos humoristique. Dans la lignée de l'arrêt de la Cour de Justice du 5 septembre 2014, on pourrait suggérer que l'exception a non seulement pour objet de permettre la parodie de l'œuvre mais aussi d'autoriser la parodie faite au moyen d'une œuvre, c'est-à-dire d'illustrer un propos comique mais également critique à l'aide d'une œuvre. Toutefois, l'alignement jurisprudentiel des juridictions sur l'interprétation de la CJUE devrait être suffisant pour réaliser l'objectif, lequel ne nécessite pas d'intervention législative.

L'inclusion fortuite

Quant à l'inclusion fortuite, on a vu que bien que ne figurant pas expressis verbis dans la liste des exceptions légales, elle bénéficie d'ores et déjà d'une large réception en droit français. Comme il a déjà été suggéré plus haut, le législateur national pourrait être avisé d'**officialiser cette réception** dans la loi par la rédaction d'une exception. Il conviendrait à cette occasion d'en préciser les conditions et limites (ratio de l'accessoire par rapport au principal, caractère volontaire ou non de l'insertion).

²⁶⁷ Rapport de Wolf, p. 523.

²⁶⁸ Rapport de Wolf : « *Making some of the exceptions unwaivable by contract, particularly those which exist not due to some sort of market failure but result from freedom of expression considerations, may make sense.* », p. 528.

²⁶⁹ Elle y existe de longue date, au contraire de certains Etats membres tels la Grande Bretagne qui viennent seulement de l'introduire.

L'exception de citation

Mérite sans doute davantage de considération l'hypothèse d'une modification de **l'exception de citation**²⁷⁰. **Les tensions contradictoires entre l'interprétation qui est faite de l'exception par les juridictions nationales et la Cour de Justice appellent probablement une clarification légale de ses conditions, et ce, au niveau du droit de l'Union.** En effet, la jurisprudence européenne *Painer* est venue préciser que la citation n'a pas à intervenir au sein d'un œuvre citante, ouvrant, par conséquent, le bénéfice de l'exception aux usages transformatifs, sans condition de création subséquente. Par ailleurs, dans la directive, la liste des finalités poursuivies par la citation est non exhaustive, ce qui permet potentiellement d'utiliser des éléments d'une œuvre, sans faire œuvre seconde et sans que le propos de la citation ne soit circonscrit. L'interprétation de la jurisprudence de la Cour se fonde sur une balance des intérêts entre le droit des auteurs et la liberté d'expression mais ne précise pas le cadre à l'intérieur duquel cette équilibre s'opère, notamment au regard de l'article 10 paragraphe 2 de la CESDH. Certes, les Etats membres restent en théorie libres d'introduire des conditions d'exercice des exceptions plus exigeantes que la définition de la directive mais les précédents *Painer et Deckmyn* invitent à la prudence sur la réalité de cette marge de manœuvre. Il nous semble qu'à ce point d'incertitude sur les conditions de l'exception, il convient de militer pour une refonte de la disposition dans la directive en assumant son harmonisation maximale, et d'en aligner l'application dans la législation française, si nécessaire. Ainsi, nous ne sommes pas d'avis, comme dans le rapport Lescure²⁷¹, de profiter de l'indétermination du libellé de l'exception dans la directive pour introduire dans la loi française une finalité nouvelle à des fins de création transformative. **Nous préconisons, au contraire, d'un point de vue méthodologique, de préciser le périmètre de l'exception au sein de la directive**²⁷².

En effet, pour l'heure, dans l'interprétation retenue par la Cour de Justice, la définition de l'exception pourrait ne pas survivre au triple test. **Afin de répondre à la condition de « cas spécial », il est nécessaire que les finalités aménagées par la citation soient listées de manière limitative dans la directive et, à l'occasion, rendues obligatoires dans tous les Etats membres de manière identique.** Cela est d'autant plus nécessaire que, si l'exigence de brièveté doit céder le pas à un rapport de juste proportion au regard de la finalité, ce ratio n'a de sens précisément qu'au regard de finalités préalablement définies. Par ailleurs, le périmètre de l'exception légale devrait demeurer réservé aux seules hypothèses de créations transformatives et non ouvert aux simples usages transformatifs ou à tout le moins ouvert selon des conditions plus drastiques dans ce second cas (ampleur de l'emprunt, rémunération). En introduisant (ou en maintenant) une telle exigence, on minimiserait le risque d'une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Alternativement, et pour tenir compte de la jurisprudence *Painer*, on pourrait songer à distinguer deux exceptions différentes selon que la citation est ou non reprise dans une œuvre subséquente. L'ampleur de la citation pourrait être plus grande, voire intégrale lorsqu'elle est destinée à s'intégrer dans une œuvre originale seconde alors que le ratio de citation serait plus bas lorsqu'il s'agit d'un simple usage transformatif de l'œuvre dans un service sans création corrélative, ou encore l'exigence d'une œuvre citante pourrait différer en fonction des finalités retenues. Enfin, les interprétations dégagées par la Cour de Justice dans l'arrêt *Painer* à propos de l'exigence de citation du nom de l'auteur et de la source semblent hâtives et peu propices à fonder de bons usages. **Il serait par conséquent utile que les conditions du respect de la paternité soient affirmées dans le cadre d'une redéfinition de l'exception de citation au plan communautaire.**

Dans la perspective d'une **éventuelle refonte de l'exception de citation**, il échet de déterminer les finalités requises qui seraient susceptibles d'accueillir les créations transformatives d'une part, et

²⁷⁰ En faveur d'une telle extension au bénéfice des UGC, le rapport de la Commission néerlandaise du droit d'auteur, (Commissie Auteursrecht), du 21 Mars 2012, disponible <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/intellectueel-eigendom/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/10/30/advies-een-flexibele-regeling-voor-user-generated-content.html>

²⁷¹ Rapport Lescure, Tome 1 : « Cette souplesse pourrait permettre l'ajout d'une finalité « créative ou transformative » aujourd'hui non prévue par le Code de la propriété intellectuelle », p. 432.

²⁷² Conformément à la préconisation n° 11 du rapport Gowers de 2007 commandé par le gouvernement britannique.

d'envisager les exigences relatives à l'utilisation de l'œuvre d'origine d'autre part. Pour l'heure, dans le cadre législatif français, la citation ou l'analyse se justifient lorsqu'elles ont une vertu explicative (à des fins d'information, pédagogique, de critique), ce qui a probablement contribué à cantonner sa mise en œuvre judiciaire au bénéfice des œuvres littéraires. L'inspiration de l'exception de citation est liée au principe de la liberté d'expression, dans sa composante « informationnelle ». Sont par conséquent couvertes les œuvres transformatives qui revêtent cette dimension. Mais toutes n'ont pas cette qualité et nombre de créations transformatives n'ont pas d'autres propos qu'une ambition esthétique ou récréative. **L'élargissement de la citation aux œuvres transformatives qui n'ont pas de dimension explicative pose essentiellement la question du champ de l'exception ainsi consacrée.** En effet, lorsque l'emprunt à l'œuvre première n'a d'autre finalité que de servir à la réalisation d'une autre création esthétique, les deux œuvres se retrouvent éventuellement « concurrentes » du point de vue des usages ; l'ampleur de l'emprunt est susceptible de détourner le public de l'œuvre première au profit de l'œuvre seconde, privant son titulaire de ressources possibles sur le marché d'exploitation de son œuvre comme des chances de rémunération tirées des licences d'autorisation de reprise d'extraits. Ainsi, la création seconde serait susceptible de se réaliser, sur le plan économique, au détriment de l'auteur de l'œuvre première. **Une exception trop largement définie ne répondrait pas aux conditions du triple test** qui exige qu'elle corresponde à un cas spécial (ce que n'est pas la création transformative puisque la création se fait par transformation) et qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Conscient de cet écueil, le rapport Lescure avait suggéré une piste de réflexion pour ouvrir l'exception de citation aux œuvres transformatives, sous réserve que l'usage réalisé soit non commercial. Toutefois, limiter l'exception à des exploitations non commerciales ne constitue nullement une protection contre la concurrence des œuvres secondes. Tout au contraire, la gratuité éventuelle de l'accès est susceptible d'augmenter l'attractivité de l'œuvre seconde et le volume autorisé de citation la substituabilité des deux œuvres. En outre, on a déjà attiré l'attention du lecteur sur le critère de commercialité ou d'intention lucrative, qui est certes présent dans certaines exceptions en droit français (« absence d'exploitation commerciale » pour l'exception pédagogique, « à des fins non lucratives » pour l'exception « handicapé » et l'absence de « recherche d'un avantage économique ou commercial » à propos de l'exception « bibliothèque ») mais dont le caractère épineux se manifeste particulièrement dans les formes « hybrides » de diffusion qu'utilisent le plus fréquemment les amateurs. Par exemple, l'exploitation réalisée en ligne par le truchement d'intermédiaires génère des revenus pour la plateforme d'hébergement – laquelle n'est pas considérée comme le diffuseur – et parfois, mais pas nécessairement pour l'auteur de l'œuvre transformative. Doit-on considérer que l'usage est commercial ou non en fonction de l'intention lucrative de la plateforme ? de l'auteur de l'œuvre seconde ? ou encore du versement effectif de revenus à l'auteur de l'œuvre première, de l'œuvre seconde ? L'existence d'une éventuelle asymétrie du caractère commercial selon la personne concernée constitue une source d'incertitude qui fait douter de la pertinence du critère. Or, la crainte manifestée lors des auditions de la mission quant à l'extension de l'exception de citation à des fins transformatives tient précisément au risque que le caractère non commercial de l'exploitation soit envisagée uniquement chez celui qui juridiquement édite l'œuvre alors qu'une exploitation commerciale existerait chez ceux qui fournissent les moyens de la diffusion.

Si le critère de la commercialité ne semble pas constituer un bon baromètre pour délimiter le périmètre d'une exception de citation éventuellement ouverte aux œuvres transformatives esthétiques, peut-être faudrait-il se reporter au critère mou des « bons usages » ou au rapport de proportionnalité selon la finalité poursuivie. A supposer que l'exception redessinée liste, parmi les finalités légitimant la citation, la création d'œuvres dérivées, il serait possible de préciser ce ratio à l'aune de la finalité définie. Si l'on garde à l'esprit la réserve du triple test, le bénéfice de l'exception de citation à des fins de création transformative pourrait être à tout le moins être jugulé par la condition de non-concurrence de l'œuvre seconde à l'œuvre première. Une telle logique existe déjà dans le Code de la propriété intellectuelle, à propos de l'exploitation séparée des contributions d'une œuvre de collaboration (v. article L. 113-3 du Code de la propriété intellectuelle²⁷³). Toutefois, ce critère pas

²⁷³ Article L. 113-3

plus que celui de la commercialité ne résout la difficulté de l'asymétrie entre les bénéfices retirés par la plateforme à l'occasion de la diffusion de l'œuvre par son intermédiaire et le caractère éventuellement altruiste de l'utilisation réalisée par celui qui a modifié l'œuvre première.

Au total, d'un point de vue légistique, l'insertion d'une nouvelle finalité à des fins créatives ou transformatives, dans l'exception de citation ne semble pas bienvenue car l'équilibre souhaitable entre les libertés offertes et les droits des titulaires supposerait des adaptations nombreuses par rapport au régime souple de l'exception traditionnellement entendue dans sa vocation informationnelle. En effet, le quantum de la citation peinerait à être défini aisément s'agissant de reprendre une œuvre dans une autre ; la fin créative ou transformative pourrait tout à fait justifier une reprise intégrale de l'œuvre citée dans l'œuvre transformative qui s'en démarquerait alors seulement par des différences. Mais dans ce cas, les juges n'auraient plus de critère opératoire pour juger de la contrefaçon en général puisque le défendeur pourrait exciper de manière systématique de l'exception de citation pour couvrir les ressemblances entre les deux œuvres en litige. Par conséquent, **il n'est pas possible de soumettre la citation à des fins de création transformative à des conditions aussi libérales que la citation qui a un propos différent de la simple reprise de l'œuvre, en tant que telle, pour ses seules qualités esthétiques et non pour l'intérêt informationnel de s'y reporter. Il nous semble donc peu judicieux d'étendre l'exception de citation à la création transformative.** Une telle extension supposerait en tout état de cause une modification importante des conditions de la citation dans cette hypothèse afin que l'exception ne soit pas contraire au triple test.

Préconisation n° 9 : L'éventuelle réouverture de l'exception de citation devrait être opérée au plan européen et ne peut être envisagée de façon unilatérale par les pouvoirs publics français. L'intégration d'une finalité créative ou transformative dans l'exception de citation rompt l'équilibre du mécanisme fondé sur la dimension essentiellement informationnelle de l'œuvre dans le cadre de la citation. Elle obligerait à une dissociation du régime de la citation selon les finalités poursuivies afin de ne pas entrer en contrariété avec le triple test. Il ne nous paraît pas opportun de consacrer une telle rupture au sein d'une même exception.

➤ *La consécration d'une exception « UGC » inspirée du droit canadien*

Contexte institutionnel européen. En allant plus avant dans le crescendo des « interventions dédiées », il a été suggéré, notamment par le rapport Lescure, d'envisager de créer une **exception spécifique, à l'instar de ce qui a été fait au Canada**, lequel a introduit en novembre 2012 dans la loi sur le droit d'auteur un nouvel article 29.21²⁷⁴ consacrant une exception relative au « contenu non

L'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs.

Les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord.

En cas de désaccord, il appartient à la juridiction civile de statuer.

Lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune.

²⁷⁴ Article 29.21 de la loi canadienne C-42 sur le droit d'auteur

(1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur ou une copie de ceux-ci — déjà publiés ou mis à la disposition du public — pour créer une autre œuvre

ou un autre objet du droit d'auteur protégés et, pour cette personne de même que, si elle les y autorise, celles qui résident habituellement avec elle, d'utiliser la nouvelle œuvre ou le nouvel objet ou d'autoriser un intermédiaire à le diffuser, si les conditions suivantes sont réunies :

a) la nouvelle œuvre ou le nouvel objet n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins;

b) si cela est possible dans les circonstances, la source de l'œuvre ou de l'autre objet ou de la copie de ceux-ci et, si ces renseignements figurent dans la source, les noms de l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur sont mentionnés;

c) la personne croit, pour des motifs raisonnables, que l'œuvre ou l'objet ou la copie de ceux-ci, ayant servi à

commercial généré par les utilisateurs ». Il convient au préalable de rappeler que dans le contexte d'harmonisation qui est le nôtre, **l'implémentation d'une telle exception ne pourrait pas se faire sans une intervention au niveau de l'Union**, dans la mesure où non seulement la liste des exceptions figurant dans la directive est exhaustive, mais encore parce que la Cour de Justice a prohibé dans son arrêt *OSA* une interprétation des exceptions existantes par analogie. Il semble par conséquent que la compétence de l'Union soit exclusive. Cette analyse a toutefois été contestée au motif que le droit d'adaptation n'ayant pas été harmonisé, une exception qui viserait cette prérogative resterait du ressort des Etats membres, ce qui signifierait pour ceux d'entre eux – comme la France – qui ne connaissent pas de droit d'adaptation spécial (voir infra), l'adoption dans la législation nationale de ce droit parallèlement à « son » exception. Mais l'argument n'emporte pas la conviction dans la mesure où il demeure loisible de qualifier certaines adaptations sous l'angle des droits de reproduction et de communication au public et où l'exception ad hoc aurait nécessairement des répercussions sur l'exercice des autres droits exclusifs, au mépris de liste exhaustive de la directive 2001/29. **Selon nous, l'opportunité d'une telle exception doit s'apprécier au niveau de l'Union, éventuellement à l'occasion de la réouverture de la directive DADVSI.** En outre, la cohérence du système voudrait que toute dynamique relative à la création ou à la révision des exceptions s'inscrive désormais dans la perspective d'une harmonisation maximale. Par conséquent, la nécessité d'une exception dédiée doit nécessairement être étudiée de concert avec l'analyse des critères de la citation. Si une exception large de la citation à des fins créatives ou transformatives devait être consacrée, elle limiterait la nécessité de recourir à une exception dédiée. Si en revanche, la citation devait être restreinte à sa fonction originaire, de type « informationnelle », se poserait alors la question de l'opportunité d'une exception ad hoc pour les œuvres transformatives.

Teneur de l'exception canadienne. L'exception canadienne proposée autorise la **libre utilisation d'une œuvre pour créer une autre œuvre**, sans plus de précisions quant à la nature et à la destination des ces créations, permettant à une personne physique et son cercle de famille d'utiliser l'œuvre nouvelle et d'en autoriser la diffusion par un intermédiaire. Toutefois, cette possibilité est assortie de quatre conditions supplémentaires ; l'utilisation doit être faite à des fins non commerciales, de même que l'autorisation de diffusion ; une obligation de moyen de citer la source ; une présomption raisonnable de non-contrefaçon de l'œuvre reprise ; l'absence d'effet négatif, pécuniaire ou autre sur l'exploitation de l'œuvre première sur son marché actuel ou sur les marchés potentiels. Il est encore trop tôt pour se prononcer sur les effets de l'introduction de cette exception sur la pratique judiciaire et sur les usages²⁷⁵. La répercussion essentielle de l'exception est pour l'heure, semble-t-il, essentiellement d'ordre médiatique, la disposition ayant braqué l'attention du monde entier sur la nouvelle législation canadienne.

Quels enseignements peut-on tirer de cette disposition pour la résolution des questions afférentes aux

la création n'était pas contrefait;

d) l'utilisation de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet, ou l'autorisation de le diffuser, n'a aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation — actuelle ou éventuelle — de l'œuvre ou autre objet ou de la copie de ceux-ci ayant servi à la création ou sur tout marché actuel ou éventuel à son égard, notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer.

Note marginale : Définitions (2) Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (1). «intermédiaire» ou « intermediary » : Personne ou entité qui fournit régulièrement un espace ou des moyens pour permettre au public de voir ou d'écouter des œuvres ou d'autres objets du droit d'auteur. «utiliser» ou « use » s'entend du fait d'accomplir tous actes qu'en vertu de la présente loi seul le titulaire du droit d'auteur a la faculté d'accomplir, sauf celui d'en autoriser l'accomplissement.

²⁷⁵ Pour une analyse doctrinale du dispositif, avant son adoption, v. Daniel Gervais, *The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content*, May 5, 2009, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 11, No. 4, pp. 841-870, 2009 [Vanderbilt Public Law Research Paper No. 09-17](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444513); http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444513, et du même auteur in *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright"* : Canadian Copyright and the Digital Agenda, édité par M. Geist, chapitre 15 ; http://www.irwinlaw.com/content_commons/from_radical_extremism_to_balanced_copyright : « *It is a limited right to reuse existing works to create new works, in cases where a licensing transaction is not reasonable and there is no demonstrable impact on the market for existing works.* »

œuvres transformatives ? En premier lieu, il convient de noter que le vocabulaire utilisé se rapporte aux contenus non commerciaux générés par les « utilisateurs » et non à la question d'une création transformatrice qui serait le fait d'un auteur. Le propos premier tente non pas de résoudre la question de la création dérivée en général mais de dégager des espaces « d'utilisation » libres pour les personnes physiques envisagées comme des utilisateurs ; toutefois, l'exception est limitée à la situation dans laquelle l'œuvre première est utilisée pour réaliser une autre protégée. **En cela, l'exception canadienne couvre bien la création transformatrice et non un simple usage transformatif.**

La notion d'utilisation est définie par une note complémentaire et « *s'entend du fait d'accomplir tous actes qu'en vertu de la loi seul le titulaire du droit d'auteur a la faculté d'accomplir, sauf celui d'en autoriser l'accomplissement.* » Par conséquent, une partie des actes autorisés par l'exception touche des actes privés faits par l'utilisateur final ou dans le cercle de famille²⁷⁶, lesquelles sont la plupart du temps couverts par des exceptions au plan national mais pas nécessairement au plan du droit de l'Union puisque la liste des exceptions de la directive 2000/29 ne vise pas la communication effectuée dans le cercle de famille. La grande innovation de la disposition canadienne résulte essentiellement de la reconnaissance d'une possibilité de diffusion publique soit directement par l'auteur, soit par un intermédiaire défini par la loi canadienne comme « *Personne ou entité qui fournit régulièrement un espace ou des moyens pour permettre au public de voir ou d'écouter des œuvres ou d'autres objets du droit d'auteur* ». La diffusion ne connaît pas d'autre limitation que son caractère désintéressé. En effet, l'utilisation comme la diffusion doivent être étrangères à toute finalité commerciale, que ce soit dans le chef de l'utilisateur ou de l'intermédiaire diffuseur. Ainsi, la personne physique (et non une personne morale) pourra librement exposer l'œuvre « nouvelle » sans intention lucrative, sur un blog exempt de publicité, par exemple. En revanche, sauf à retenir une acception très limitée de la notion, la diffusion d'une telle œuvre sur une plateforme d'hébergement comportant des mécanismes de rémunération par abonnement, par la publicité, voire par d'autres sources de gains tels que la revente des données des utilisateurs devrait être hors du champ de l'exception. Théoriquement, le bénéfice de l'exception devrait en pratique demeurer assez limité et réservé à des plateformes animées par une seule intention libérale. Ce, d'autant, que soucieuse sans doute de se conformer au test en trois étapes, la loi canadienne prévoit que l'utilisation et la diffusion de l'œuvre nouvelle ne doivent pas priver l'auteur de l'œuvre première d'une source d'exploitation « importante » actuelle ou potentielle, notamment en se substituant à elle.

Difficultés d'interprétation. Le mécanisme proposé présente cependant certains éléments d'incertitudes qui font douter de sa possibilité de mise en œuvre, sauf à retenir une interprétation très souple de ses conditions. L'amplitude de la diffusion se multiplie potentiellement grâce aux moyens de diffusion mis à disposition sur internet, mais comme le risque de concurrence avec l'œuvre première s'accroît dans cette mesure, le bénéfice de l'exception devrait devenir plus difficile à obtenir. Par ailleurs, et surtout, la notion d'intermédiaire retenue, très large, se concilie difficilement avec l'obligation de ne pas diffuser à des fins commerciales. En effet, la diffusion sur Internet suppose l'intervention de multiples intermédiaires : le fournisseur d'hébergement, le fournisseur d'accès, éventuellement le fournisseur de cache ou le fournisseur de liens. Or, la plupart de ces acteurs économiques ont un but lucratif. Par exemple, il est impensable de mettre en ligne un objet sans l'intermédiation d'un fournisseur d'accès, lequel poursuit un but commercial – sauf à passer par une association, une bibliothèque, etc -. Ainsi, de manière systématique, le caractère commercial de l'activité de l'intermédiaire serait potentiellement un frein à l'effectivité de l'exception. Cependant, la ratio legis semble bien être, tout au contraire, de permettre

²⁷⁶ Envisagé sous l'angle du droit français, cela reviendrait à extrapoler les exceptions de copie privée et de représentation dans le cercle de famille à la transformation d'une œuvre dans une œuvre seconde. Or, cette extrapolation ne pose pas, selon nous, de difficultés majeures. Dans la mesure où le droit d'adaptation n'existe pas en tant que tel et est accueilli dans les deux grands droits de reproduction et de représentation, il paraît raisonnable de soutenir que les exceptions prévues à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle s'appliquent mutatis mutandis non seulement à la reproduction et à la représentation de l'œuvre en tant que telle mais aussi à ses formes dérivées. De ce point de vue, le droit français nous semble d'ores et déjà comporter cette tolérance de l'utilisation de l'œuvre à des fins de transformation dès lors qu'elle s'effectue dans un cercle privé.

cette diffusion via internet, ce qui est, en première approche inconciliable avec l'exigence de la finalité non commerciale de l'intermédiation. Il est, par conséquent, possible que pour donner un effet utile à la disposition, les cours apprécient à l'avenir la condition de finalité commerciale chez l'intermédiaire avec souplesse, et notamment en viennent à estimer que la finalité est non-commerciale lorsque l'usage par l'internaute est gratuit. Dans ce cas, l'exception serait véritablement activée sur internet mais son amplitude serait forte et le bénéfice s'en étendrait également aux plateformes de diffusion financées par la publicité.

L'exception au prisme du droit européen. Une telle configuration est-elle transposable et souhaitable en droit européen ? Le bénéfice de l'exception, s'il était entouré des mêmes précautions aurait essentiellement vocation à mettre les UGC à l'abri de l'action en contrefaçon lorsque le circuit de diffusion de l'œuvre transformative est non commercial, et lorsqu'il n'existe pas de risque de drainer les revenus d'exploitation de l'œuvre première. En ce sens, il est porteur de visibilité pour la création transformative, sans entraîner de dangers excessifs pour les ayants droit des œuvres premières. Dans l'univers analogique, la diffusion directe, nécessairement désintéressée et non lucrative par l'auteur ne devrait pas poser de difficultés majeures au regard de la pratique existante, où ces usages sont largement couverts par une tolérance des ayants droit en raison de la faible intensité de la diffusion. La question est autre s'agissant de la possibilité d'échanger des fichiers par des protocoles pair à pair, qui permet d'accroître considérablement le spectre de la diffusion individuelle. L'exception canadienne couvre ce cas et rejoint, par d'autres méthodes, les préoccupations exprimées par la Quadrature du Net – sans toutefois consacrer « de droit à » –. La difficulté tient dans ce cas à l'indétermination de la condition d'absence de préjudice sur le marché. En effet, l'ampleur de la diffusion globale de l'œuvre via la somme des échanges peut conduire à caractériser ce préjudice, ce qui sera néanmoins beaucoup plus difficile à apprécier à l'échelle individuelle dans le cadre d'un contentieux. En outre, si la loi canadienne échappe, à première vue, au reproche du risque de laisser prospérer une exploitation commerciale libre de l'œuvre par la plateforme, les doutes entourant la faisabilité d'une telle exception cantonnée au champ du non-commercial dans le chef des plateformes, rendent le dispositif flou.

Or, si la condition de finalité lucrative devait être interprétée de manière souple à propos des intermédiaires pour activer le bénéfice de l'exception dans les cas de figure les plus fréquents (Youtube, Dailymotion), le mécanisme autoriserait l'existence d'une source de revenus directement ou indirectement produits par la diffusion de l'œuvre chez l'intermédiaire quand elle devrait n'en générer aucun chez l'auteur de l'œuvre transformative. Par ailleurs, les mécanismes de responsabilité différée des intermédiaires prévus dans la directive commerce électronique font obstacle, en l'état de la jurisprudence, à la qualification d'éditeur des intermédiaires et empêchent également les auteurs des œuvres premières de négocier avec ces derniers sur le terrain de l'exploitation des droits exclusifs. Ainsi, au regard des règles européennes afférentes aux intermédiaires techniques, la consécration d'une telle exception aurait essentiellement pour effet de concentrer la valeur économique liée à la diffusion de l'œuvre dans le chef des plateformes de diffusion, sans que les acteurs de la création de cette valeur (auteur de l'œuvre transformée comme auteur de l'œuvre transformative) n'y soient aucunement associés. Or, l'éventuelle consécration d'un régime des œuvres transformatives devrait s'orienter au contraire vers un équilibre favorable à la création et aux créateurs premiers comme dérivés. Le mécanisme d'exception proposé de par ses approximations et en l'état de l'acquis en droit de l'Union, ne permettrait pas d'atteindre un tel objectif.

Préconisation n° 10 : La transposition de l'exception canadienne en droit européen n'apparaît pas souhaitable en l'état des incertitudes qui jalonnent son interprétation et au regard de la pratique judiciaire des régimes de responsabilité des intermédiaires en droit de l'Union. Elle risquerait d'aggraver la concentration de la valeur de l'exploitation entre les mains des plateformes en privant tant les auteurs des œuvres premières que les auteurs d'œuvres transformatives des moyens d'être associés à cette valeur. En l'état du droit, la logique de l'exception ad hoc ne semble pas en mesure d'instaurer un équilibre souhaitable entre les différents acteurs de la chaîne de valeur.

➤ *Aménager le régime de l'œuvre composite*

Articuler les droits des auteurs entre eux. Plutôt que de présenter le régime des œuvres transformatives comme une exception au droit exclusif, il nous semble qu'il participe essentiellement d'une question d'arbitrage des prérogatives entre auteurs, et qu'il s'apparente davantage à l'organisation des titularités sur des œuvres plurales. Dès lors, la voie à explorer consisterait à « muscler » le régime de l'œuvre composite, ce qui de surcroît, relève encore de la compétence des Etats membres, en l'absence d'harmonisation exhaustive des questions de titularité au plan européen. Cette approche comporterait également l'avantage de proposer une solution générale à la question des œuvres transformatives et non à se focaliser sur les seuls contenus générés par les utilisateurs, dont on a vu que la catégorie était poreuse – intégrant en leur sein à la fois des œuvres transformées mais aussi une diffusion brute d'œuvres préexistantes, voire des réalisations étrangères aux règles du droit d'auteur. Elle compléterait de surcroît opportunément une législation existante peu explicite.

Les ingrédients d'un possible régime devraient, à notre sens, s'inscrire dans la philosophie française du droit d'auteur qui reconnaît le phénomène de création et attribue à titre originaire les droits y afférents aux auteurs personnes physiques. Le mécanisme idoine devrait conférer une véritable liberté de création, dans le respect des droits des tiers ; instituer l'auteur de l'œuvre dérivée comme un auteur à part entière et le délivrer raisonnablement de la sujétion juridique aux auteurs des œuvres antérieures, mais également permettre la valorisation des œuvres premières comme secondes et autoriser un accès le plus large possible du public à cette création. L'objectif est ambitieux tant ces différentes constantes semblent inconciliables. Il n'est pas interdit pourtant de tenter une synthèse à partir de l'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel : « L'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. » et de l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose : « Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles. »

Si l'auteur de l'œuvre seconde est bien un auteur à part entière – il faut pour cela qu'il fasse œuvre originale à son tour et il n'est pas question ici des seuls usages transformatifs -, il convient d'affirmer une symétrie de traitement entre créateurs et non d'opérer des hiérarchies consacrant des super-auteurs et des infra-auteurs. Si l'apport réalisé n'est pas suffisant pour créer une œuvre originale protégeable, ce rapport de symétrie n'a pas lieu d'être, il s'agit de la simple exploitation de l'œuvre première n'engendrant aucun droit dans le chef de l'apporteur. Si la création seconde est véritablement une œuvre originale, elle se détache nécessairement fortement de l'œuvre ou des œuvres qui la composent en partie, ce qui en principe limite les risques que l'œuvre transformative préempte un marché naturel du titulaire de l'œuvre première. En revanche, la reconnaissance des droits de l'auteur de l'œuvre seconde ne doit pas conduire à départir le titulaire des droits sur l'œuvre première des sources de revenus qui sont générés par l'autorisation d'exploitation de son œuvre.

Par conséquent, il conviendrait selon nous, lorsque « l'œuvre transformative » est protégée par le droit d'auteur de :

- proclamer la liberté de création d'une œuvre par un auteur, y compris à partir d'œuvres protégées ;
- affirmer la libre mobilisation de ses droits par l'auteur de l'œuvre seconde ;
- conditionner l'exploitation de l'œuvre seconde à l'autorisation par l'exploitant de l'ensemble des auteurs dont l'œuvre est identifiable sur le plan sensible par le public (et non une seule identification technique par correspondance des empreintes numériques) ;

Ce mécanisme à trois étages permet, dans un premier temps à l'instar du droit allemand²⁷⁷, d'officialiser la liberté de l'auteur dans la préparation de l'œuvre seconde²⁷⁸, conformément au principe de liberté de création reconnue par le biais de l'article 10 de la CESDH et d'éviter la sujétion aux auteurs précédents au stade de la création. La jurisprudence s'y attèle d'ores et déjà lorsqu'elle proclame la liberté de l'adaptateur. Le système vivifie également la reconnaissance de la propriété de l'auteur sur l'œuvre dérivée, en ce que cette propriété lui offre précisément la reconnaissance des droits qu'il peut transférer, liciter, etc. L'auteur de l'œuvre seconde doit donc avoir la libre disposition de ses droits, sans craindre le trouble de jouissance lié à l'action en contrefaçon des auteurs tiers au moment de la conclusion des contrats. Il ne peut cependant pas aliéner plus de droits qu'il n'en a. Il n'est cependant pas nécessaire, à notre sens, qu'il soit tenu de demander une autorisation d'exploitation de l'œuvre première pour pouvoir céder ses droits. Simplement, il transmet ces droits, sous réserve des droits des tiers. La troisième étape, qui se situe au stade de l'exploitation, consiste à faire porter la responsabilité de la quête des autorisations des œuvres perceptibles sur la personne de l'exploitant, lequel en principe opère effectivement les actes qui permettent la mise au contact de l'œuvre avec le public. De cette manière, on s'assure de la centralisation des autorisations dans le chef de celui qui réalise cette interface et en tire en principe des profits symboliques ou monétaires, tout en évitant de faire porter la responsabilité juridique de l'acquisition des droits à la personne de l'auteur, souvent incompetent dans ce domaine. L'exploitant se retrouve au milieu des auteurs et doit demander à chacun d'entre eux l'autorisation de procéder aux actes envisagés, les auteurs retrouvant juridiquement – mais pas nécessairement économiquement – une égalité aux yeux de l'exploitant.

On objectera à raison qu'une telle architecture ne vise pas spécifiquement la diffusion des œuvres transformatives sur internet. Elle a précisément pour objet de répondre au questionnement d'ensemble sur le statut légal de l'œuvre transformative, définie comme l'ensemble des situations dans laquelle un auteur crée une forme originale à partir ou à l'aide d'éléments de formes identifiables appartenant à d'autres œuvres de l'esprit (œuvre incorporée en tout ou partie, œuvre modifiée, adaptée) sans se soucier des vecteurs de diffusion. L'approche est cependant globale et permet par conséquent de saisir la réalité de la création transformative sur internet.

On objectera encore à raison que le dispositif ne soulage pas nécessairement les utilisateurs/créateurs de la charge de l'autorisation lorsqu'ils réalisent directement l'exploitation de l'œuvre, ce qui est le propos des exceptions discutées auparavant. Il ne s'agit pas en effet, à ce stade de résoudre la difficulté majeure liée à l'apparition d'internet, à savoir la possibilité pour n'importe quel individu- 'amateur'- de devenir « exploitant » en utilisant les moyens techniques qui sont mis à disposition et l'inadéquation partielle des solutions traditionnelles du droit d'auteur, pensé dans un univers de « professionnels », pour résoudre cette difficulté. Il nous semble que la solution à apporter relève d'une autre problématique qui est celle de la possibilité éventuelle d'identifier un exploitant « professionnel » dans le circuit de diffusion ou, à défaut, de résoudre les questions posées par la diffusion pair à pair, en large partie étrangère à la question de la transformation de la création.

²⁷⁷ Paragraphe 23 de la loi allemande sur le droit d'auteur. V. notamment sur cette question, P.-E. Geller, *La Jam-session céleste : la collaboration créatrice en ligne à la merci des conflits de lois en matière de droit d'auteur*, in *Mélanges Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 371.

²⁷⁸ Sur ce sujet, une abondante littérature, et notamment, A. Tricoire, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011 ; A. Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, LGDJ, 2008 ; Ch. Geiger, *De la nature juridique des limites au droit d'auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux*, *Prop. Intell.*, octobre 2004, n° 13, p. 882 et suiv ; « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à partir de l'arrêt « Victor Hugo » de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *RLDI*, n° 26, 4/2007. On se reportera particulièrement aux écrits abondants de ce dernier auteur que l'on ne peut pas tous citer ici.

Préconisation n° 11 : Clarifier le régime des œuvres composites, ce qui peut se faire au niveau national. Affirmer dans les textes la liberté de création d'une œuvre par un auteur, y compris à partir d'œuvres protégées et la libre mobilisation de ses droits par l'auteur de l'œuvre seconde ; conditionner l'exploitation de l'œuvre seconde à l'autorisation par l'exploitant de l'ensemble des auteurs dont l'œuvre est identifiable sur le plan sensible par le public (et non une seule identification technique par correspondance des empreintes numériques).

S'agissant des UGC, cette question, complexe, doit connaître une réponse distincte du régime de l'œuvre transformative car elle intéresse la diffusion des œuvres, transformées ou non, par les plateformes.

➤ **Prendre la mesure du caractère non professionnel de l'UGC**

L'existence d'une diffusion publique faite par des non-professionnels pose des difficultés au droit d'auteur depuis plus de deux décennies et ce rapport n'a ni l'ambition, ni les moyens d'apporter une réponse simple à ce problème complexe. On renverra notamment ici aux travaux des précédentes commissions du CSPLA sur la question. La question ressurgit à l'occasion des UGC mais ne peut trouver une solution qui s'y limiterait tant il paraît difficile d'envisager un régime spécifique des UGC pour les œuvres transformatives qui soit fondamentalement distinct des règles applicables à la diffusion des œuvres non modifiées.

Un premier niveau de réponse pourrait consister à **revisiter les règles régissant la diffusion des œuvres par les plateformes**. Aujourd'hui, ces dernières se prévalent du régime de responsabilité des hébergeurs prévu dans la directive commerce électronique pour écarter toute négociation contractuelle directe de droits avec les titulaires, considérant qu'elles n'ont pas la responsabilité au titre de la mise en ligne opérée par leurs clients. Par conséquent, les accords contractuels de monétisation qui ont été entrepris reposent sur des fondements juridiques mystérieux et leur conclusion soumise au seul bon vouloir des agents économiques. Certains considèrent que modifier la situation supposerait la **réouverture de la directive commerce électronique**, ce à quoi la Commission européenne s'est montrée jusqu'alors hostile. D'autres estiment que l'interprétation faite des textes est erronée en ce qu'il ne s'agit pas d'actionner un mécanisme de responsabilité du fait des tiers mais de rechercher la conclusion d'accords avec les plateformes à raison d'actes qui leur sont directement imputables. Au tribut de cette seconde lecture, on pourrait avancer que s'agissant des plateformes, **la fourniture de moyen de communiquer l'œuvre au public pourrait être envisagée comme un acte d'exploitation (mise à disposition de l'œuvre)**. Difficile à concilier avec l'interprétation actuelle de la directive électronique et la LCEN par la jurisprudence, l'inclusion de la fourniture de moyens dans le champ du droit exclusif serait conforme à la jurisprudence pénale qui sanctionne la complicité de contrefaçon par fourniture de moyens.

Si la participation de la plateforme à l'acte de communication au public des œuvres pouvait être actée, il serait loisible d'envisager la mise en place de mécanismes de **négociation contractuelle « tous droits inclus »**, à l'instar de ce qui existe en matière de radiodiffusion par satellite, qui permet de centraliser les demandes d'autorisation dues au titre de l'ensemble des diffusions relayées par l'un des acteurs de la chaîne de communication au public, ces derniers s'entendant entre eux pour organiser la clé de répartition des redevances dues. Ainsi, la plateforme pourrait, en tant qu'elle contribue par la fourniture de moyens à l'acte de communication au public de l'œuvre, devenir l'interlocuteur privilégié de la négociation avec les ayants droit et « centraliser » les autorisations nécessaires.

On peut également parvenir à cette centralisation, sans passer par le détour de la qualification d'exploitant, par le truchement d'un **mandat (contractuel ou légal) d'acquisition de droits confié à la plateforme par ses clients** (voir *supra*). Si l'auto-régulation n'est pas satisfaisante pour développer de bonnes pratiques, il serait loisible de rendre ce dispositif de représentation obligatoire par la loi, notamment dans le cadre d'une loi de protection des consommateurs, prenant en considération le caractère non professionnel des internautes : la plateforme aurait alors l'obligation de représenter ses

clients auprès des ayants droit pour négocier et obtenir les droits. Nous avons déjà souligné les limites de ce mécanisme en l'état actuel des systèmes d'apports dans les sociétés de gestion collective. Il présente également des difficultés de mise en œuvre pour les plateformes lorsque la négociation des droits doit se faire de gré à gré avec des titulaires individuels et non par le biais d'accords de représentation générale. Pour rendre le système effectivement praticable, deux solutions palliatives de la demande d'autorisation préalable par la plateforme peuvent être envisagées : soit le mécanisme de mandat est associé avec une gestion collective obligatoire étendue aux non-membres, soit l'accord est présumé tant que le titulaire n'a pas effectivement manifesté son intention (*opt-out*). Du côté des relations plateformes/utilisateurs, si le mécanisme de mandat demeure contractuel, il conviendrait de veiller, éventuellement par des dispositifs propres au droit de la consommation, à ce que les clauses des conditions générales d'utilisation des plateformes n'induisent pas des contraintes excessives pour les « utilisateurs » non professionnels.

Si cette question de la centralisation des autorisations est résolue d'une manière ou d'une autre, il convient encore de s'assurer de la juste répartition entre les acteurs des revenus financiers qui accompagnent la diffusion des œuvres. On peut schématiquement distinguer deux situations susceptibles de se combiner :

- l'exploitation d'une œuvre particulière est génératrice de revenus dédiés ou non ;
- l'activité de la plateforme est une source de gains financiers ou non.

Il serait sans doute possible de **combiner des instruments du droit de la consommation et du droit de la propriété intellectuelle pour créer les conditions d'une juste répartition de la valeur et d'un exercice préservé des droits d'auteur**. Dans la mesure où la plateforme perçoit les rémunérations, c'est à elle de procéder à la répartition et c'est sur ce point que la loi pourrait être amenée à s'assurer de la justesse du partage. La question se complique évidemment dans l'hypothèse d'une création transformative puisque la répartition doit alors prendre en compte à la fois les intérêts à la fois des auteurs d'œuvres premières et ceux des auteurs d'œuvres secondes. Toutefois cette question déborde amplement du champ de la présente étude et supposerait pour que des solutions opérationnelles soient proposées d'avoir accès aux conditions contractuelles actuelles mais aussi de pouvoir disposer d'une analyse économique fiable des flux occasionnés par le système. Plusieurs pistes doivent être explorées et questions posées quant aux sources de rémunération (pages vues, bandeaux publicitaires associés, existence de chaînes ou d'abonnements, dons, utilisation et monétisation des données utilisateurs, etc) avant même d'aborder les clés de partage entre les plateformes et les différents titulaires impliqués dans la réalisation de l'œuvre transformative.

Préconisation n°12 : Parvenir à mettre en place un mécanisme de centralisation des autorisations lorsque la diffusion est opérée par l'intermédiaire d'une plateforme, soit par l'imputation directe d'un acte d'exploitation dans le chef de la plateforme au terme d'une réinterprétation des régimes de responsabilité, soit par des mécanismes de mandat (contractuel ou légal) d'obtention des autorisations nécessaires confiés par leurs clients aux plateformes. Une telle solution suppose que la représentation des ayants droit soit également « centralisée » et que les droits des auteurs/diffuseurs amateurs soient effectivement protégés par le droit de la propriété intellectuelle et le cas échéant, par le droit de la consommation.

L'autre mécanisme d'appréhension des UGC s'écarte du modèle de la centralisation et vise à appréhender **les échanges décentralisés entre individus**. Nous manquons toutefois de données quant à la maturité des usages, l'existence actuelle d'un consentement à payer de la part des internautes, et les effets avérés de ces pratiques sur les industries culturelles. En tout état de cause, cette question qui n'est autre que le serpent de mer du P2P suppose, là encore, d'avancer dans une réflexion déjà largement ouverte (depuis les propositions de licence globale de 2005 jusqu'au droit au partage non-marchand proposé par la Quadrature du Net) mais qui déborde le champ de la présente étude.

Préconisation n° 13 : S'agissant des échanges décentralisés entre individus, reprendre la réflexion initiée dans les années 2000 afin de mesurer si les arguments avancés à l'encontre des solutions proposées alors (licence globale) demeurent d'actualité à l'égard des propositions actuelles (partage non marchand) et des changements éventuels des pratiques.

RESUME FINAL

Il ressort de la présente mission que le traitement de la « création transformatrice » par le droit d'auteur à l'ère de l'internet relève de plusieurs problématiques différentes qui convergent dans cette **nébuleuse**, notamment en raison de la plasticité des concepts, de la complexité des catégories et de leur difficile réception par le public. Il nous est revenu d'essayer d'en cerner les manifestations concrètes et de tenter d'en dégager les qualifications juridiques. Nous avons, à cette fin, passé en revue les règles du droit d'auteur français et européen pour déterminer les dispositifs applicables et, chaque fois que cela était possible, pour mettre en exergue les espaces de liberté qui s'en inféraient pour les créateurs. **Cette analyse du droit existant, au prisme de la liberté de création, nous a paru nécessaire pour désamorcer les nombreux biais de représentation relatifs à la législation française** sur le droit d'auteur. Sans faire preuve d'angélisme, il convenait en effet de retourner aux règles et à leur pratique judiciaire pour déceler que le droit d'auteur n'est pas toujours aussi féroce qu'on le dit quant à la réception de la création transformatrice. **Des contraintes existent, certes, mais la création d'œuvres transformatrices n'est pas pour autant muselée en France, en fait comme en droit.** Des marges de manœuvre existent tant dans la définition du périmètre des droits que dans **l'interprétation, récemment libéralisée par la Cour de Justice, des exceptions de citation et de parodie.**

Nous sommes également partis du postulat selon lequel toute utilisation d'une œuvre ne s'apparente pas à une « création transformatrice » et qu'il convient donc d'opérer des distinctions entre les situations qui procèdent d'une création intellectuelle - que l'on identifie généralement sous la catégorie d'œuvres dérivées ou composites - et les situations dans lesquelles l'œuvre, sans être transformée, est diffusée dans un contexte « transformatif ». Cette distinction, claire en apparence, apparaît parfois brouillée, notamment sous l'influence du droit américain qui au terme d'une évolution de la jurisprudence sur le « fair use » aménage des dérogations au droit exclusif en raison de l'existence d'un usage transformatif de l'œuvre (*transformative use*). Elle est également obscurcie par l'invocation souvent intempestive de la citation pour couvrir de tels usages.

L'usage transformatif qui s'apparente à une exploitation de l'œuvre sans apport créatif mais éventuellement dans un cadre technologique innovant n'appelle pas, de notre point de vue, les mêmes solutions que la création transformatrice. Les objectifs ne sont pas de même nature puisque, dans un cas, il s'agit de déterminer un arbitrage entre les auteurs et leurs ayants droit à propos de créations intellectuelles tandis que dans l'autre, il échet de réfléchir à la répartition de valeur entre les créateurs et les industriels qui promeuvent des nouveaux produits ou services à partir de leurs œuvres. Nous n'avons pas considéré que cette question relevait de la présente mission et il ne nous appartient pas de dire ici s'il est souhaitable de dégager de nouvelles règles en droit d'auteur pour favoriser l'émergence et la diffusion de services innovants. Toutefois, nous avons jugé bon d'attirer l'attention du ministère sur le fait que **la question des usages transformatifs est, selon nous, tout à fait distincte de celle de la « création transformatrice »** nécessitant d'entreprendre une réflexion sur l'utilité sociale de l'innovation, la nécessité d'adapter les modes de diffusion des œuvres à l'environnement technologique, et plus généralement, sur les équilibres qu'il convient de préserver entre la propriété intellectuelle et la liberté d'entreprise à l'ère de l'internet.

L'autre écueil rencontré par la mission tient à la confusion terminologique entretenue dans la littérature entre la création transformatrice et les « contenus générés par les utilisateurs » (UGC). Le rapport de Wolf, remis à la Commission européenne en décembre 2013 a choisi de sortir de l'ornière en faisant correspondre les deux notions et en limitant les UGC aux seuls contenus « transformatifs ».

Or, il est loisible d'identifier au moins trois catégories différentes d'UGC ; les contenus authentiquement originaux mis à disposition par leurs auteurs, les contenus protégés ou non mis à disposition par des personnes qui n'en sont pas les auteurs, les contenus mêlant des œuvres préexistantes avec un apport original qui conduisent à une création transformative. Notre propos s'est, là encore, volontairement limité à la dernière catégorie. Toutefois, les problématiques communes à ces trois cas de figure, à savoir l'existence d'une **déprofessionnalisation de la diffusion publique des œuvres** par la démocratisation de l'accès aux outils de diffusion, ne pouvaient être ignorées. Ainsi, du point de vue des ayants droit, l'explosion quantitative du nombre des diffuseurs pose incontestablement la question de la rationalité économique de concéder des licences lorsque les coûts de transaction sont hors de proportion avec les gains escomptés. Les solutions contractuelles à explorer, notamment **les mécanismes de recentralisation des relations entre les « utilisateurs » et les ayants droits** seraient d'ailleurs probablement communes à au moins deux de ces catégories d'UGC. La pratique actuelle de licence avec certaines plateformes - sur laquelle nous n'avons eu hélas que peu d'informations - semble d'ailleurs ne plus/pas faire le départ selon que le contenu posté sur une plateforme reprend purement et simple une œuvre antérieure ou qu'il la transforme. Elle semble en outre, en l'état actuel de l'interprétation de la directive commerce électronique et de la LCEN, reposer sur des fondements juridiques fragiles.

Il nous est apparu également que **les rapports entre les internautes et les plateformes d'hébergement pouvaient recevoir des solutions communes inspirées du droit de la consommation pour tenir compte du caractère non professionnel (amateur) de ces pratiques**, nonobstant le caractère transformatif ou non de l'UGC. Les autres solutions évoquées notamment par les travaux de la Quadrature du Net pour résoudre la question de la diffusion par des canaux non professionnels visant à consacrer **des droits au partage ou des mécanismes de licence légale ne sont pas davantage propres à la problématique des œuvres transformatives**. Elles supposent une réflexion actualisée, notamment du point de vue économique et social, quant à l'opportunité de développer des outils juridiques de cette teneur qui dépassait le champ de la mission. Nous n'avions ni l'ambition, ni les moyens de résoudre la difficulté du traitement du P2P par le droit d'auteur à l'occasion d'une réflexion dédiée aux œuvres transformatives.

Ceci étant posé, nous avons passé en revue les différentes suggestions articulées à propos des « créations transformatives » comprises dans leur acception limitée afin d'appréhender l'éventuelle nécessité d'un changement des pratiques et/ou de la loi au regard des enjeux identifiés. Plusieurs préconisations ont été faites, certaines générales comme favoriser l'accroissement de l'information relative aux droits d'auteur d'autre, plus spécifiques rappelées ci-dessous. D'autres pistes de réflexion (telles que la reprise du *fair use* américain ou de l'exception UGC canadienne) ont été écartées soit au titre de l'incompétence du législateur français pour intervenir, soit en raison de leur caractère prématuré, soit encore parce qu'elles ne semblaient pas aptes à réaliser un équilibre souhaitable entre liberté de création, respect des droits des auteurs et dissémination de la culture et de la connaissance. Toutefois, cette mise à l'écart n'est que relative dans la mesure où de nombreux éléments contextuels sont susceptibles de modifier ce domaine en constante évolution et qu'en raison de sa complexité, la résolution de la question passe probablement par une réponse également complexe, au carrefour de plusieurs propositions.

Au regard des préconisations qui jalonnent ce rapport – **mais qui sont loin de résumer l'ensemble de la réflexion** -, et qu'on se propose de rassembler selon un ordre logique, il nous semble qu'une action est susceptible de se manifester sur plusieurs fronts, selon diverses modes d'intervention.

1. Garantir un accès effectif aux « matériaux créatifs » en accroissant notamment les modes d'information sur les droits
2. Reconsidérer les exceptions existantes à l'échelle nationale et européenne pour en préciser les contours au regard des créations transformatives
3. Reconnaître de manière explicite les droits des auteurs des œuvres transformatives
4. Accompagner et poursuivre la réflexion sur la mise en place de solutions contractuelles et légales relatives à la diffusion d'œuvres par des « amateurs »

- GARANTIR UN ACCES EFFECTIF AUX « MATERIAUX CREATIFS » EN ACCROISSANT NOTAMMENT LES MODES D'INFORMATION SUR LES DROITS

Intensifier la réflexion sur le domaine public immatériel

Afin de compléter la discussion sur la liberté de création, il est nécessaire d'initier une réflexion publique sur la définition positive du domaine public « immatériel », son régime et son opposabilité pour éviter le développement des pratiques d'appropriation ou d'intimidation qui conduisent à compliquer, sans cause légitime, voire à interdire l'accès à des ressources culturelles communes. (Préconisation n° 1).

Préserver les conditions d'accès à l'œuvre pour le jeu de certaines exceptions

Les conditions de l'accès et de la reproduction des œuvres protégées par des mesures techniques de protection devraient être aménagées pour permettre l'exercice effectif des exceptions de citation, d'analyse, de revues de presse, d'actualité et de caricature, parodie, pastiche. Une telle disposition appelle une révision de la directive 2001/29. (Préconisation n° 5).

Penser la disponibilité publique des fichiers

Accompagner, dans le domaine du droit d'auteur, la réflexion autour de la nécessité d'une disponibilité publique des fichiers numériques en standard ouvert. (Préconisation n° 8)

- **RECONSIDERER LES EXCEPTIONS EXISTANTES A L'ECHELLE NATIONALE ET EUROPEENNE POUR EN PRECISER LES CONTOURS AU REGARD DES CREATIONS TRANSFORMATIVES**

Distinguer le sort des exceptions selon qu'elles traitent de créations transformatives ou qu'elles visent de simples usages transformatifs.

Si le législateur devait consacrer dans la loi l'exception d'inclusion fortuite déjà admise en pratique par la jurisprudence, il conviendrait de dissocier le traitement de l'exception selon que la reprise donne lieu ou non à une création transformative. Ainsi, l'inclusion pourrait être plus large - volontaire à condition de demeurer accessoire - dans une telle création alors que son importance devrait demeurer plus limitée - accessoire et involontaire ou contrainte - lorsqu'elle s'intègre dans un simple produit ou service (critère de l'intrication)-. (Préconisation n°3)

Reconsidérer, lors de la révision de la directive 2001/29, les conditions de l'exception de citation sans toutefois l'étendre de manière vague aux créations transformatives, sans en préciser les finalités.

Il convient de prendre la pleine mesure des modifications induites par la jurisprudence Eva-Maria Painer de la Cour de Justice à propos de l'exception de citation qui oblige le droit français à en revoir les conditions la fois dans la loi et dans la jurisprudence pour se mettre en conformité avec le droit de l'Union : application à toutes les œuvres de l'esprit sans distinction de genre, citation dans la mesure de la finalité poursuivie. (Préconisation n° 6).

Par ailleurs, la suppression de la référence à l'œuvre citante dans la jurisprudence de la Cour devrait appeler l'attention des autorités de l'Union dans la perspective d'une éventuelle révision de la directive 2001/29 pour déterminer de manière plus précise le périmètre de l'exception et ses finalités, dans le respect du triple test.

Les questionnements ouverts par l'arrêt Painer, notamment au regard de l'exigence de citation de la source – condition essentielle au regard non seulement du droit international conventionnel mais également de l'éthique de la création et de la connaissance – nécessitent que le libellé même de l'exception fasse l'objet d'un réexamen si la Commission envisageait de réviser la directive 2001/29. Devraient y être précisées, outre la question de la source, les finalités précises justifiant le bénéfice de l'exception. (Préconisation n° 7).

L'éventuelle réouverture de l'exception de citation devrait être opérée au plan européen et ne peut être envisagée de façon unilatérale par les pouvoirs publics français. L'intégration d'une finalité créative ou transformative dans l'exception de citation rompt l'équilibre du mécanisme fondé sur la dimension essentiellement informationnelle de l'œuvre dans le cadre de la citation. Elle obligerait à une dissociation du régime de la citation selon les finalités poursuivies afin de ne pas entrer en contrariété avec le triple test. Il ne nous paraît pas opportun de consacrer une telle rupture au sein d'une même exception. (Préconisation n° 9).

Ne pas acculturer les mécanismes d'exception étrangers tels que le fair use ou l'exception canadienne en droit français au regard des facteurs d'incertitude entourant leur mise en œuvre dans leurs Etats d'origine

La transposition de l'exception canadienne en droit européen n'apparaît pas souhaitable en l'état des incertitudes qui jalonnent son interprétation et au regard de la pratique judiciaire des régimes de responsabilité des intermédiaires en droit de l'Union. Elle risquerait d'aggraver la concentration de la valeur de l'exploitation entre les mains des plateformes en privant tant les auteurs des œuvres premières que les auteurs d'œuvres transformatives des moyens d'être associés à cette valeur. En l'état du droit, la logique de l'exception ad hoc ne semble pas en mesure d'instaurer un équilibre souhaitable entre les différents acteurs de la chaîne de valeur. (Préconisation n° 10)

- RECONNAITRE DE MANIERE EXPLICITE LES DROITS DES AUTEURS DES ŒUVRES TRANSFORMATIVES

Eviter l'automatisation des procédures de retrait à propos des œuvres transformatives

Développer des procédures simples, rapide et contradictoires pour remédier aux blocages intempestifs des créations transformatives légitimes par certains systèmes de tatouage numérique. Encourager les processus de médiation pour résorber les conflits et assurer la présence des œuvres transformatives légitimes sur le réseau. (Préconisation n°2).

Limiter l'action en contrefaçon contre les œuvres transformatives aux seules hypothèses d'identification sensible et non mécanique de l'œuvre première

En l'absence de détermination claire par le droit français de la notion d'adaptation, c'est à partir du critère de la perceptibilité par le public de l'œuvre première dans l'œuvre seconde qu'on propose de situer le point de départ de l'exercice du droit exclusif des auteurs de l'œuvre première ; c'est en effet à raison de l'existence d'une communication au public de l'œuvre, laquelle a été perçue comme telle par le public, que devrait se déclencher le seuil d'application du droit exclusif. Ainsi, la transformation de l'œuvre première ne serait soumise à l'autorisation des auteurs des œuvres reprises que si elle fait l'objet d'une communication au public dans une forme qui permet son identification directement par les hommes. (Préconisation n° 4).

Clarifier le régime des œuvres composites, ce qui peut se faire au niveau national.

Affirmer dans les textes la liberté de création d'une œuvre par un auteur, y compris à partir d'œuvres protégées et la libre mobilisation de ses droits par l'auteur de l'œuvre seconde tout en conditionnant l'exploitation de l'œuvre seconde à l'autorisation par l'exploitant de l'ensemble des auteurs dont l'œuvre est identifiable sur le plan sensible par le public (et non une seule identification technique par correspondance des empreintes numériques). (Préconisation n° 11).

- ACCOMPAGNER ET POURSUIVRE LA REFLEXION SUR LA MISE EN PLACE DE SOLUTIONS CONTRACTUELLES ET LEGALES RELATIVES A LA DIFFUSION D'ŒUVRES PAR DES « AMATEURS »

Quant aux plateformes de diffusion, encourager des mécanismes de centralisation des autorisations et de mandat permettant de liciter la diffusion par les amateurs, le cas échéant à l'aide du droit de la consommation.

Parvenir à mettre en place un mécanisme de centralisation des autorisations lorsque la diffusion est opérée par l'intermédiaire d'une plateforme, soit par l'imputation directe d'un acte d'exploitation dans le chef de la plateforme au terme d'une réinterprétation des régimes de responsabilité, soit par des mécanismes de mandat (contractuel ou légal) d'obtention des autorisations nécessaires confiés par leurs clients aux plateformes. Une telle solution suppose que la représentation des ayants droit soit également « centralisée » et que les diffuseurs amateurs soient effectivement protégés par le droit de la consommation et, le cas échéant, lorsqu'ils sont auteurs, par le droit de la propriété intellectuelle, dans leurs relations avec les plateformes. (Préconisation n°12).

S'agissant des échanges décentralisés entre individus, reprendre la réflexion initiée dans les années 2000 afin de mesurer si les arguments avancés à l'encontre des solutions proposées alors (licence globale) demeurent d'actualité au regard des suggestions actuelles (partage non marchand) et des changements éventuels des pratiques. (Préconisation n° 13).

Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »	1
1. L'état de l'art de « la transformation des œuvres », à la croisée de questionnements historiques, politiques, économiques et idéologiques	2
1.1. La (re)découverte d'un phénomène ancien	2
1.1.1. Histoire de l'art : l'ancienneté de la transformation	2
1.1.2. Philosophie de l'art : créer, c'est transformer	4
1.1.3. Histoire du droit et représentation symbolique d'une œuvre « finie »	5
1.2. Sémantique et sociologie : apparition d'usages culturels et technologiques transformatifs	6
1.2.1. Les pratiques numériques transformatives	7
➤ Le mash-up, catégorie transversale	8
➤ Les fanvids, le vidding, le machinima	10
➤ La fan-fiction	11
➤ Les utilisations transformatives d'œuvres dans le cadre pédagogique ou scientifique	12
1.2.2. Incertitudes terminologiques	12
1.2.2.1. Œuvre transformative, création transformative, usage transformatif	13
➤ Le test de « transformativité » dans le cadre du fair use aux Etats-Unis	14
1.2.2.2. Les UGC	16
1.3. Les enjeux économiques	17
1.3.1. La gratuité	18
1.3.2. Le modèle économique des plateformes	21
2. Le cadre juridique du phénomène de la création transformative	24
2.1 Le champ d'application du Code de la propriété intellectuelle	26
2.2 L'opération de transformation des œuvres au prisme du droit d'auteur	30
2.2.1. La création transformative envisagée sous l'angle de la définition des droits des titulaires	30
2.2.1.1. La transformation, pour être sujette à autorisation, doit relever du monopole du titulaire	30
➤ i. La reprise, pour faire l'objet d'une autorisation, doit être considérée comme une exploitation de l'œuvre première en tant que telle	30
➤ ii. La transformation, pour être soumise à autorisation préalable, doit relever du champ d'application d'un droit exclusif	33
L'appréhension du phénomène de la transformation par les droits exclusifs	33
Le caractère dual de la transformation au prisme des différents titulaires des droits patrimoniaux et des droits moraux	36
Les mécanismes d'obtention des autorisations	37
• Identification des auteurs et « localisation des droits »	38
• Caractère onéreux ou gratuit de l'autorisation	39
• Refus d'autorisation	40
2.2.1.2. Transformation et droit moral	41
➤ Transformation et divulgation	41
➤ Droit à la paternité	43
➤ Droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre	43
2.2.2. La création transformative envisagée dans le cadre des exceptions	47
2.2.2.1. Considérations générales	47
2.2.2.2. Les exceptions pertinentes pour la création transformative	49
➤ Usage privé	49
➤ Exception pédagogique	51
➤ Exception de citation et d'analyse	52
➤ Exception de parodie	54
2.2.2.3. Jeu des exceptions et droit moral	56
2.2.3. Le régime de la contrefaçon	57
2.3. Le (non) régime de l'œuvre transformative	59

3. Les scenarii d'evolution	62
3.1. Diverses finalités d'action	62
3.1.1. Les finalités culturelles et artistiques	62
3.1.2. Les finalités économiques	65
3.2. Les modalités d'action	67
3.2.1. Le statu quo législatif.....	67
3.2.1.1. Accroître l'information relative aux droits d'auteur.....	68
➤ Développer un outil simple et interactif d'information sur la mise en ligne d'une création transformative	69
➤ Encourager la création d'un registre public du domaine public	69
➤ Normaliser, au plan européen, les mécanismes d'identification des droits et des œuvres	70
➤ Proposer, au plan européen comme national, des lignes directrices d'interprétation des exceptions.....	70
3.2.1.2. Accompagner les bonnes pratiques	71
➤ Encourager les accords entre utilisateurs et ayants droit	71
➤ Proposer un mandat d'obtention d'autorisation par les plateformes pour le compte de leurs utilisateurs	71
➤ Introduire des dispositifs de médiation pour éviter le sur-blocage lié aux dispositifs d'identification.....	73
3.2.2. Discussions autour de l'opportunité d'une intervention législative.....	74
3.2.2.1. L'accessibilité des œuvres objets de la transformation.....	76
3.2.2.2. La diffusion de la création transformative.....	78
➤ La création transformative dans le cadre des licences libres	78
➤ Le droit au partage non marchand	78
➤ La dépénalisation des UGC	79
➤ La transposition du fair use en droit français	80
➤ Elargir le champ d'application des exceptions existantes.....	81
L'exception de parodie.....	82
L'inclusion fortuite	82
L'exception de citation.....	83
➤ La consécration d'une exception « UGC » inspirée du droit canadien	85
➤ Aménager le régime de l'œuvre composite.....	89
➤ Prendre la mesure du caractère non professionnel de l'UGC.....	91
Résumé final	93
ANNEXES.....	100

CONSEIL SUPÉRIEUR
DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE
ET ARTISTIQUE

Mission sur les « créations transformatives »

ANNEXES

1. Lettre de mission
2. Questionnaire
3. Liste des personnes auditionnées
4. Extraits des arrêts de la CJUE *Painer* et *Deckmyn*



Paris, le

14 OCT. 2013

Professeur Valérie-Laure Benabou



Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France
Téléphone 01 40 15 82 16
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr
www.culture.gouv.fr/cspla

Madame, *chère Valérie-Laure*

Lors de son intervention au cours de la séance plénière du 9 juillet 2013, la Ministre de la culture et de la communication a émis le souhait que le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique lance une étude sur les créations dites « transformatives », afin d'approfondir les premières pistes dégagées sur le sujet dans le rapport de Pierre Lescure sur l'Acte II de l'exception culturelle.

Le développement des technologies de l'information a accru les possibilités de transformation des œuvres accessibles sous forme numérique. Leur circulation et leur combinaison sont également facilitées par la mise en réseau et les pratiques communautaires d'échange. Il en résulte une multiplication des initiatives créatives de natures diverses (telles que le *mashup*¹) regroupées sous le vocabulaire fédérateur de créations transformatives.

Le rapport Lescure a préconisé d'accompagner le développement de ces pratiques dans le respect des intérêts légitimes des créateurs des œuvres réutilisées. À cette fin ont été suggérées plusieurs mesures concrètes telles que l'amélioration des procédures d'identification des ayants droit, la conclusion d'accords entre les sociétés de gestion collective et les plateformes de partage de contenus, l'encouragement du recours aux licences libres ou encore l'extension éventuelle de certaines exceptions.

En outre, cette question du statut juridique des créations transformatives présente une dimension internationale forte. Elle a récemment fait l'objet de réflexions dans plusieurs autres pays et suscite l'intérêt des institutions de l'Union européenne.

Au regard de tous ces éléments, je vous propose de conduire une mission sur le sujet dans le cadre du Conseil supérieur. Cette mission aura pour tâche, après avoir identifié et défini les usages créatifs pertinents, d'en appréhender les diverses dimensions juridiques. S'il devait ressortir de votre travail la reconnaissance d'une notion stable d'œuvre transformative, il conviendrait d'étudier l'opportunité de lui consacrer un statut légal permettant notamment d'articuler les droits dont elle serait le siège avec les droits sur les œuvres qui entrent dans sa composition.

¹ Le Journal officiel du 22 juillet 2010 a traduit ce terme par « collage » et le définit comme « un assemblage, au moyen d'outils numériques, d'éléments visuels ou sonores provenant de différentes sources ».

Aux fins de mener à bien cette réflexion, il vous sera loisible de vous saisir de toute question dont la pertinence vous aura été révélée au cours des travaux.

Vous pourrez vous appuyer sur l'expertise des membres ainsi que sur les moyens matériels du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, et auditionner toute personne extérieure sur le sujet. Vous serez assistée de Monsieur Fabrice Langrognet, conseiller au tribunal administratif de Paris, qui assurera les fonctions de rapporteur.

Je souhaiterais que vous puissiez remettre le résultat de cette étude au Conseil supérieur au mois de janvier 2014.

Je vous remercie d'avoir accepté cette mission et vous prie de croire, Madame, à l'expression de mes salutations respectueuses.

Avec toute ma confiance



Pierre-François Racine

2. Questionnaire adressé au nom de la mission « créations transformatives » (22/10/2013)

I. Descriptions des pratiques actuelles

1. Qu'entendez-vous par œuvre ou création transformative ?
 - 1.1. Ce vocabulaire a-t-il cours pour désigner des objets particuliers ?
 - 1.2. Quel type de création rattachez-vous à ce concept ?
 - 1.3. Quelles sont, selon vous, les caractéristiques d'une œuvre transformative ?
2. Le numérique a-t-il changé vos pratiques s'agissant des œuvres transformatives, et si oui, comment ?
3. Quel type de difficultés rencontrez-vous, ou de quelle difficulté vous a-t-on fait part, à propos des créations transformatives ?
 - 3.1. Au stade de la création
 - 3.2. Au stade de l'exploitation
4. Lorsque l'œuvre réalisée emprunte des éléments préexistants
 - 4.1. Cherchez-vous à obtenir les autorisations des auteurs des œuvres employées ?
 - 4.1.1. Si oui, comment procédez-vous ?
 - 4.1.2. Recherchez-vous les coordonnées des ayants droit pour un contact direct ?
 - 4.1.3. Passez-vous par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective ? Quelle est la nature de l'assistance offerte par ces sociétés ?
 - 4.1.4. Comment procédez-vous au paiement des redevances exigées ? Pourcentage, forfait ?
 - 4.1.5. Avez-vous essuyé des refus d'autorisation ou des acceptations soumises à des conditions excessives ?
 - 4.1.6. Comment faites-vous en sorte de respecter le droit moral des auteurs ?
 - 4.1.7. Avez-vous déjà eu recours à la théorie de l'abus de droit pour dépasser le refus d'autorisation opposé ?
 - 4.2. Vous reposez-vous sur le bénéfice d'une exception ? Si oui, laquelle ?
 - 4.3. Vous reposez-vous sur l'affirmation d'une liberté fondamentale ? Si oui, laquelle (liberté d'expression, liberté de création...) ?
 - 4.4. Utilisez-vous de manière préférentielle ou exclusive des œuvres mises en circulation dans le cadre de licences libres ? Quelle type de licences employez-vous ? Veillez-vous effectivement au respect des termes de ces licences, et si oui, comment ?
 - 4.5. Utilisez-vous de manière préférentielle ou exclusive des œuvres faisant partie du domaine public ? Comment vous assurez-vous que c'est le cas (calcul de la durée ? éléments dépourvus d'originalité...) ?
 - 4.6. Utilisez-vous des œuvres d'origine étrangère en considérant que le risque juridique est moindre ?
 - 4.7. Comment faites-vous pour vous défendre contre la reprise d'une œuvre transformative ? Quels sont les arguments opposés qui gênent cette défense (absence d'originalité, preuve de la titularité...) ?

II. Schémas possibles d'évolution

5. Est-il opportun de légiférer dans le domaine ou pensez-vous que les pratiques contractuelles peuvent être suffisantes ? Pensez-vous opportun d'intervenir au niveau national ou communautaire ?
6. Sur quel type d'œuvres pensez-vous qu'une modification du droit existant serait bénéfique ?
7. Est-il opportun de consacrer un régime juridique particulier pour cette catégorie d'œuvres ? Si oui, lequel ? Que pensez-vous des options suivantes :
 - 7.1. Un système d'allègement des autorisations au stade de la création
 - 7.2. Un système d'allègement des autorisations au stade de l'exploitation
 - 7.3. Une exception permettant, dans certains cas de se passer de l'autorisation
 - 7.4. Une inflexion du droit moral en cas d'œuvre transformative
 - 7.5. Une licence implicite d'utilisation
 - 7.6. Un registre indiquant les autorisations requises et l'identité des ayants droit à contacter
 - 7.7. Un élargissement des missions des sociétés de gestion collective pour délivrer les autorisations
 - 7.8. La promotion d'un système privé/public de méta-données
8. Le régime juridique de l'œuvre transformative devrait-il être différent selon que l'exploitation est commerciale ou non ? Quel est, à votre avis, le critère d'une exploitation commerciale ou quel critère serait le mieux à même de rendre compte de cette dichotomie ?
9. Le régime juridique devrait-il être différent selon que la mise à disposition de l'œuvre transformative émane d'un particulier ou d'une entité commerciale ? D'un auteur ou d'une entité commerciale ?
10. Pensez-vous que la réutilisation d'œuvres préexistantes dans une œuvre transformative doit faire l'objet d'un paiement de redevances ? Quel serait le fait générateur du paiement ?
 - 10.1. Quelle devrait-être l'assiette du paiement ?
 - 10.2. Quel mode de rémunération pensez-vous le plus adéquat ? Pourcentage du chiffre d'affaires ? Forfait ?
 - 10.3. Auprès de qui pensez-vous qu'il faille percevoir la rémunération lorsque l'œuvre est utilisée sur des plateformes 2.0. ? Le créateur de l'œuvre transformative ? L'utilisateur qui propose sa diffusion ? La plateforme qui héberge les contenus ? La plateforme qui tire directement/indirectement des revenus de la mise à disposition de ces œuvres ?
11. Faut-il prévoir des conditions spécifiques pour la défense des œuvres transformatives en cas de réutilisation non autorisée ? Si oui, lesquelles ?
12. Suggestions ouvertes

3. Liste des personnes auditionnées ou consultées par la mission

- Philippe Aigrain, informaticien, chercheur, ancien chef du secteur technique du logiciel à la Commission européenne, auteur de plusieurs livres sur la propriété intellectuelle
- Wally Badarou, compositeur membre du comité directeur variétés, Syndicat national des auteurs et des compositeurs (SNAC)
- - Lara Beswick, consultante, agent d'artistes, et responsable des affaires Art & culture chez Creative Commons France
- Olivier Brillanceau, gérant, Société des Auteurs des arts visuels et de l'image fixe (SAIF)
- Mélanie Clément-Fontaine, maître de conférences à l'université de Versailles Saint-Quentin, codirectrice du M2 Droit des NTIC
- Agnès Defaux, directrice juridique, Société des Auteurs des arts visuels et de l'image fixe (SAIF)
- Caroline Delieutraz, web-artist
- Mélanie Dulong de Rosnay, chargée de recherche au à l'Institut des sciences de la communication du CNRS
- Simon Duflo, réalisateur de web-documentaires, éditeur de logiciels
- Angélique Dascier, déléguée générale, Chambre syndicale des éditeurs de musiques (CSDM)
- Guillaume Delaperrière (alias Giovanni Sample), artiste spécialisé dans les vidéo-musicales à partir de *found-footage*
- Stéphane Degoutin, réalisateur
- Camille Domange, chef du département des programmes numériques au ministère de la culture et de la communication
- David El Sayegh, secrétaire général de la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)
- Philippine Girard-Leduc, responsable juridique, Chambre syndicale des éditeurs de musique de France (CEMF)
- Frédéric Goldsmith, délégué général, Association des producteurs de cinéma (APC)
- Marc Guez, directeur général, Société civile des producteurs phonographiques (SCPP)
- Anne-Charlotte Jeancard, directrice des affaires juridiques et internationales, Société civile pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI)
- Benoît Labourdette, cinéaste, formateur aux nouveaux médias
- Alexandre Lasch, directeur juridique, Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)
- Guillaume Leblanc, directeur général, Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)
- Marie-Chirstine Leclerc-Senova, directrice des affaires juridiques et internationales, Société civile des auteurs multimédia (SCAM)
- Agnès Loeb, auteur de fan-fiction. A ouvert un site sur la fan-fiction, avec des analyses du phénomène.
- Cédric Manara, responsable juridique, zone Europe-Afrique-Moyen-Orient, Google

- Florence-Marie Piriou, sous-directrice, Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA)
- Thierry Maillard, directeur juridique, Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) *
- Philippe Maujard (alias DJ Le Clown*), DJ
- Laurence Marcos, directrice juridique, Société civile des producteurs phonographiques (SCPP)
- Lionel Maurel, bibliothécaire, blogueur, collectif « Savoirs com1 », membre du conseil d'administration de la Quadrature du Net
- Antoine Minne (alias DJ Zebra), DJ et compositeur de mash-up musical
- Antoine Moreau, artiste et enseignant-chercheur, maître de conférences à l'Université de Franche-Comté, Montbéliard, précurseur de la licence Art libre
- Grégoire Pauly*, bibliothécaire, auteur et membre du collectif SavoirsCom1
- Vicent Puig, directeur de l'Institut de recherche et d'innovation du Centre Pompidou, membre d'une Ars Industrialis, association qui anime un groupe de travail sur l'économie de la contribution, vice-président de la commission sciences et usages de Cap Digital.
- Emmanuel de Rengervé, délégué général, Syndicat national des auteurs et des compositeurs (SNAC)
- Pascal Rogard, directeur général, Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)
- Hervé Rony, directeur général, Société civile des auteurs multimédia (SCAM)
- Hubert Tilliet, directeur des affaires juridiques, Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)
- Gwenola Wagon, réalisatrice
- Emmanuelle Wielezyski-Debats, cinéaste, réalisatrice d'un documentaire sur la fan-fiction intitulé *Call me Kate !*

Remerciements aux professeurs Jane Ginsburg et Daniel Gervais pour leur aide précieuse sur le droit comparé.

Les personnes dont le nom est suivi d'un astérisque ont été interrogées par écrit.

4. Extraits des arrêts de la CJUE Painer et Deckmyn

CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. C-145/10, dit Eva Maria Painer

Sur la deuxième question préjudicielle

Observations liminaires

- 118 À titre liminaire, il y a lieu de relever que, par la deuxième question, sous a) et b), la Cour est amenée à interpréter la même disposition du droit de l'Union, à savoir l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29.
- 119 En vertu de cette disposition, les États membres ont la faculté de prévoir une exception au droit de reproduction exclusif de l'auteur sur son œuvre, lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une œuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi.
- 120 Ladite disposition vise ainsi à empêcher que le droit de reproduction exclusif conféré aux auteurs fasse obstacle à ce que, au moyen de la citation, des extraits d'une œuvre déjà à la portée du public puissent être publiés et assortis de commentaires ou de critiques.
- 121 Il est constant que l'œuvre évoquée dans l'affaire au principal est une photographie de portrait de Natascha K.
- 122 Or, il convient d'observer que la juridiction de renvoi part de l'hypothèse selon laquelle une œuvre photographique relève du champ d'application de l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29. Par ailleurs, une telle hypothèse n'est contestée par aucune des parties au principal, par aucun des États membres ayant déposé des observations, ni par la Commission européenne.
- 123 C'est dans cette perspective, sans se prononcer sur le bien-fondé de ladite hypothèse ni sur la question de savoir si les photographies litigieuses ont été effectivement utilisées dans le but de citation, qu'il convient de répondre à la deuxième question, sous a) et b).
- 124 À ce titre liminaire, il convient également de préciser le sens de la notion de «mise à la disposition du public» visée dans la version française de l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29.
- 125 À cet égard, il importe de relever que ni l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29 ni aucune disposition de portée générale de celle-ci ne définit ce qu'il faut entendre par l'expression française de «mise à la disposition du public». En outre, cette notion y est utilisée dans plusieurs contextes et ne reçoit pas un contenu identique, ce qu'illustre notamment l'article 3, paragraphe 2, de cette directive.
- 126 Dans ces conditions, conformément à une jurisprudence constante, l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29 doit être interprété, dans la mesure du possible, à la lumière des règles applicables du droit international, et en particulier celles figurant dans la convention de Berne (voir arrêts du 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, points 35, 40 et 41, ainsi que Football Association Premier League e.a, précité, point 189), étant entendu que, en vertu de son article 37, la version française fait foi en cas de contestation sur l'interprétation des différentes versions linguistiques.
- 127 Or, il ressort du texte français de l'article 10, premier alinéa, de la convention de Berne,

ayant un champ d'application *ratione materiae* comparable à celui de l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, que seules sont licites, sous certaines conditions, les citations tirées d'une œuvre déjà rendue licitement accessible au public.

- 128 Dans ces conditions, il convient d'entendre par l'expression française de «mise à la disposition du public d'une œuvre», au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, le fait de rendre cette œuvre accessible au public. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée non seulement par l'expression «made available to the public» mais également par l'expression «der Öffentlichkeit zugänglich gemacht» utilisées indistinctement dans les versions anglaise et allemande tant dudit article 5, paragraphe 3, sous d) de la directive 2001/29 que de l'article 10, premier alinéa, de la convention de Berne.

Sur la deuxième question, sous a)

- 129 Par la deuxième question, sous a), la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 5, paragraphe 5, de cette directive, doit être interprété en ce sens que le fait qu'un article de presse citant une œuvre ou un autre objet protégé n'est pas une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition.
- 130 À cet égard, il convient de relever d'emblée que l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29 énonce une série de conditions pour son application, parmi lesquelles ne figure pas l'exigence selon laquelle une œuvre ou un autre objet protégé doivent être cités dans le cadre d'une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur.
- 131 Contrairement à ce que fait valoir le gouvernement italien dans ses observations écrites, le membre de phrase «pour autant qu'elles concernent une œuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public», qui figure audit article 5, paragraphe 3, sous d), vise sans équivoque l'œuvre ou l'autre objet protégé faisant l'objet de la citation et non l'objet dans lequel la citation est faite.
- 132 S'agissant du contexte dans lequel s'inscrit l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, il importe de rappeler que, ainsi qu'il ressort du trente et unième considérant de cette directive, en appliquant ladite directive il convient de maintenir un «juste équilibre» entre les droits et les intérêts des auteurs, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part.
- 133 Il importe de relever également que, s'il est vrai que les conditions énumérées à l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29 doivent, selon la jurisprudence de la Cour telle que rappelée au point 109 du présent arrêt, faire l'objet d'une interprétation stricte dans la mesure où cette disposition constitue une dérogation à la règle générale établie par cette directive, il n'en reste pas moins que l'interprétation desdites conditions doit également permettre de sauvegarder l'effet utile de l'exception ainsi établie et de respecter sa finalité (voir, en ce sens, arrêt *Football Association Premier League e.a.*, précité, points 162 et 163).
- 134 Or, l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29 vise à réaliser un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression des utilisateurs d'une œuvre ou d'un autre objet protégé et le droit de reproduction conféré aux auteurs.
- 135 Ce juste équilibre est assuré, en l'occurrence, en privilégiant l'exercice du droit à la liberté d'expression des utilisateurs par rapport à l'intérêt de l'auteur à pouvoir s'opposer à la reproduction d'extraits de son œuvre qui a déjà été licitement rendue accessible au public, tout en assurant à cet auteur le droit de voir, en principe, son nom indiqué.
- 136 Dans cette perspective bipolaire, le point de savoir si la citation est faite dans le cadre d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou, au contraire, d'un objet non protégé par un tel droit, est dépourvu de pertinence.

137 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la deuxième question, sous a), que l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 5, paragraphe 5, de cette directive, doit être interprété en ce sens que le fait qu'un article de presse citant une œuvre ou un autre objet protégé n'est pas une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition.

Sur la deuxième question, sous b)

138 Par la deuxième question, sous b), la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 5, paragraphe 5, de cette directive, doit être interprété en ce sens que le fait que le nom de l'auteur ou de l'artiste interprète d'une œuvre ou d'un autre objet protégé qui sont cités n'est pas indiqué s'oppose à l'application de cette disposition.

139 Les dispositions de l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29 établissent l'obligation de principe selon laquelle il faut indiquer, en cas de citation, la source, y compris le nom de l'auteur, sauf si cela s'avère impossible, étant entendu que l'œuvre ou l'autre objet protégé qui sont cités ont déjà été licitement rendus accessibles au public.

140 À cet égard, il convient de relever qu'il ressort de la décision de renvoi que les défenderesses au principal déclarent, sans d'autres précisions, avoir reçu les photographies litigieuses d'une agence de presse.

141 Or, dans la mesure où les photographies litigieuses avaient été, préalablement à leur utilisation par les défenderesses au principal, en possession d'une agence de presse, qui les a ensuite, selon celles-ci, transmises à ces dernières, il est légitime de présumer que c'est à la suite d'une mise à disposition licite que cette agence est entrée en possession desdites photographies. Il doit, dès lors, être considéré que le nom de l'auteur des photographies litigieuses a été indiqué à cette occasion. En effet, à défaut d'une telle indication, la mise à la disposition du public en question serait illicite et, par conséquent, l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29 ne serait pas applicable.

142 Ainsi, le nom de l'auteur des photographies litigieuses étant déjà indiqué, il n'a nullement été impossible pour l'utilisateur ultérieur de ces photographies de l'indiquer, conformément à l'obligation prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29.

143 Il convient toutefois de relever également que le litige au principal présente la particularité de s'inscrire dans le contexte d'une enquête criminelle, dans le cadre de laquelle, à la suite de l'enlèvement de Natascha K., en 1998, un avis de recherche, avec reproduction des photographies litigieuses, a été lancé par les autorités de sécurité nationales compétentes.

144 Par conséquent, il ne saurait être exclu que les autorités de sécurité nationales aient été à l'origine de la mise à la disposition du public des photographies litigieuses, lesquelles ont fait l'objet d'utilisation ultérieure de la part des défenderesses au principal.

145 Or, une telle mise à disposition ne requiert pas, selon l'article 5, paragraphe 3, sous e), de la directive 2001/29, contrairement à l'article 5, paragraphe 3, sous d), de ladite directive, l'indication du nom de l'auteur.

146 Par conséquent, l'omission, par l'utilisateur original, qui est en droit d'invoquer ledit article 5, paragraphe 3, sous e), d'indiquer, lors de la mise à la disposition du public d'une œuvre protégée, le nom de son auteur, n'a pas d'incidence sur la licéité de cet acte.

147 En l'espèce, dans l'hypothèse où les photographies litigieuses ont été, conformément à l'article 5, paragraphe 3, sous e), de la directive 2001/29, à l'origine, mises à la disposition du public par les autorités de sécurité nationales compétentes et, dans l'hypothèse où, lors de cette utilisation originale licite, le nom de l'auteur n'a pas été indiqué, une utilisation

ultérieure de ces mêmes photographies par la presse a certes exigé, en accord avec l'article 5, paragraphe 3, sous d), de ladite directive, l'indication de leur source, mais pas nécessairement le nom de leur auteur.

148 En effet, dès lors qu'il n'appartient pas à la presse de vérifier l'existence des raisons d'une telle omission, il s'avère impossible pour elle, dans une pareille situation, d'identifier et/ou d'indiquer le nom de l'auteur et, partant, elle doit être considérée comme exempte de l'obligation de principe d'indiquer le nom de l'auteur.

149 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la deuxième question, sous b), que l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 5, paragraphe 5, de cette directive, doit être interprété en ce sens que son application est subordonnée à l'obligation que la source, y compris le nom de l'auteur ou de l'artiste interprète, de l'œuvre ou de l'autre objet protégé cités soit indiquée. Toutefois, si, en application de l'article 5, paragraphe 3, sous e), de la directive 2001/29, ce nom n'a pas été indiqué, ladite obligation doit être considérée comme respectée si seule la source est indiquée. (...)

4) L'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 5, paragraphe 5, de cette directive, doit être interprété en ce sens que le fait qu'un article de presse citant une œuvre ou un autre objet protégé n'est pas une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition.

5) L'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 5, paragraphe 5, de cette directive, doit être interprété en ce sens que son application est subordonnée à l'obligation que la source, y compris le nom de l'auteur ou de l'artiste interprète, de l'œuvre ou de l'autre objet protégé cités soit indiquée. Toutefois, si, en application de l'article 5, paragraphe 3, sous e), de la directive 2001/29, ce nom n'a pas été indiqué, ladite obligation doit être considérée comme respectée si seule la source est indiquée.

Sur les questions préjudicielles

Sur la première question

- 14 Il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause (arrêt Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, point 32 et jurisprudence citée).
- 15 Il résulte de cette jurisprudence que la notion de «parodie», qui figure dans une disposition faisant partie d'une directive qui ne comporte aucun renvoi aux droits nationaux, doit être considérée comme une notion autonome du droit de l'Union et être interprétée de manière uniforme sur le territoire de cette dernière (voir, en ce sens, arrêt Padawan, EU:C:2010:620, point 33).
- 16 Cette interprétation n'est pas infirmée par le caractère facultatif de l'exception visée à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29. En effet, une interprétation selon laquelle les États membres qui ont introduit cette exception seraient libres d'en préciser les paramètres de manière non harmonisée, susceptible de varier d'un État membre à l'autre, serait contraire à l'objectif de ladite directive (voir, en ce sens, arrêts Padawan, EU:C:2010:620, point 36, et ACI Adam e.a., C-435/12, EU:C:2014:254, point 49).
- 17 Il convient, par conséquent, de répondre à la première question que l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que la notion de «parodie» figurant à cette disposition constitue une notion autonome du droit de l'Union.

Sur les deuxième et troisième questions

- 18 Par ses deuxième et troisième questions, qu'il y a lieu d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur la façon dont il convient de comprendre l'exception pour parodie, prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29. En particulier, elle demande si la notion de parodie dépend de la présence de certaines conditions qu'elle énumère dans sa deuxième question.
- 19 Il y a lieu de rappeler que, en l'absence de toute définition, dans la directive 2001/29, de la notion de parodie, la détermination de la signification et de la portée de ce terme doit être établie, selon une jurisprudence constante de la Cour, conformément au sens habituel de celui-ci dans le langage courant, tout en tenant compte du contexte dans lequel il est utilisé et des objectifs poursuivis par la réglementation dont il fait partie (voir, en ce sens, arrêt Diakité, C-285/12, EU:C:2014:39, point 27 et jurisprudence citée).
- 20 S'agissant du sens habituel du terme «parodie» dans le langage courant, il est constant, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 48 de ses conclusions, que la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie.
- 21 Il ne ressort ni du sens habituel du terme «parodie» dans le langage courant, ni d'ailleurs, ainsi que le font observer à bon droit le gouvernement belge et la Commission européenne, du libellé de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29 que cette notion soit soumise aux conditions, évoquées par la juridiction de renvoi dans sa

deuxième question, selon lesquelles la parodie devrait présenter un caractère original propre, autre que celui de présenter des différences perceptibles par rapport à l'œuvre originale parodiée, devrait pouvoir raisonnablement être attribuée à une personne autre que l'auteur de l'œuvre originale lui-même, devrait porter sur l'œuvre originale elle-même ou devrait mentionner la source de l'œuvre parodiée.

- 22 Cette interprétation n'est pas remise en cause par le contexte de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, qui énonce une exception aux droits prévus aux articles 2 et 3 de cette directive et qui doit, dès lors, faire l'objet d'une interprétation stricte (voir, en ce sens, arrêt ACI Adam e.a., EU:C:2014:254, point 23).
- 23 En effet, l'interprétation de la notion de parodie doit, en tout état de cause, permettre de sauvegarder l'effet utile de l'exception ainsi établie et de respecter sa finalité (voir, en ce sens, arrêt Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 163).
- 24 Le fait que l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29 constitue une exception n'a donc pas pour conséquence de réduire le champ d'application de cette disposition par des conditions, telles que celles énoncées au point 21 du présent arrêt, qui ne ressortent ni du sens habituel du terme «parodie» dans le langage courant, ni du libellé de cette disposition.
- 25 S'agissant de l'objectif visé à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, il y a lieu de rappeler les objectifs poursuivis par cette directive en général, parmi lesquels figure, ainsi qu'il ressort du considérant 3 de cette dernière, celui consistant à procéder à une harmonisation qui contribue à l'application des quatre libertés du marché intérieur et qui porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général. Or, il est constant que la parodie constitue un moyen approprié pour exprimer une opinion.
- 26 En outre, ainsi qu'il ressort du considérant 31 de la directive 2001/29, les exceptions aux droits énoncés aux articles 2 et 3 de cette directive, que prévoit l'article 5 de celle-ci, visent à maintenir un «juste équilibre» entre, notamment, les droits et les intérêts des auteurs, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part (voir, en ce sens, arrêts Padawan, EU:C:2010:620, point 43, et Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, point 132).
- 27 Il s'ensuit que l'application, dans une situation concrète, de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, doit respecter un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts et les droits des personnes visées aux articles 2 et 3 de cette directive et, d'autre part, la liberté d'expression de l'utilisateur d'une œuvre protégée se prévalant de l'exception pour parodie, au sens de cet article 5, paragraphe 3, sous k).
- 28 Afin de vérifier si, dans une situation concrète, l'application de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, respecte ce juste équilibre, il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce.
- 29 Ainsi, s'agissant du litige dont est saisie la juridiction de renvoi, il y a lieu de relever que, selon Vandersteen e.a., dès lors que, dans le dessin en cause au principal, les personnages qui, dans l'œuvre originale, ramassaient les pièces de monnaie jetées ont été remplacés par des personnes voilées et de couleur, ce dessin transmet un message discriminatoire ayant pour effet d'associer l'œuvre protégée à un tel message.
- 30 Si tel est effectivement le cas, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier, il y a lieu de rappeler l'importance du principe de non-discrimination fondée sur la race, la couleur et les origines ethniques, ainsi que ce principe a été concrétisé par la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique

(JO L 180, p. 22), et confirmé, notamment, à l'article 21, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

- 31 Or, dans ces conditions, des titulaires de droits prévus aux articles 2 et 3 de la directive 2001/29, tels que Vandersteen e.a., ont, en principe, un intérêt légitime à ce que l'œuvre protégée ne soit pas associée à un tel message.
- 32 Il appartient, par conséquent, à la juridiction de renvoi d'apprécier, en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire au principal, si l'application de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, à supposer que le dessin en cause au principal réponde aux caractéristiques essentielles énoncées au point 20 du présent arrêt, respecte le juste équilibre auquel il est fait référence au point 27 de cet arrêt.
- 33 Par conséquent, il convient de répondre aux deuxième et troisième questions que l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie. La notion de «parodie», au sens de cette disposition, n'est pas soumise à des conditions selon lesquelles la parodie devrait présenter un caractère original propre, autre que celui de présenter des différences perceptibles par rapport à l'œuvre originale parodiée, devrait pouvoir raisonnablement être attribuée à une personne autre que l'auteur de l'œuvre originale lui-même, devrait porter sur l'œuvre originale elle-même ou devrait mentionner la source de l'œuvre parodiée.
- 34 Cela étant, l'application, dans une situation concrète, de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, doit respecter un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts et les droits des personnes visées aux articles 2 et 3 de cette directive et, d'autre part, la liberté d'expression de l'utilisateur d'une œuvre protégée se prévalant de l'exception pour parodie, au sens de cet article 5, paragraphe 3, sous k).
- 35 Il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier, en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire au principal, si l'application de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, à supposer que le dessin en cause au principal réponde auxdites caractéristiques essentielles de la parodie, respecte ce juste équilibre.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

- 1) **L'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens que la notion de «parodie» figurant à cette disposition constitue une notion autonome du droit de l'Union.**
- 2) **L'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie. La notion de «parodie», au sens de cette disposition, n'est pas soumise à des conditions selon lesquelles la parodie devrait présenter un caractère original propre, autre que celui de présenter des différences perceptibles par rapport à l'œuvre originale parodiée, devrait pouvoir raisonnablement être attribuée à une personne autre que l'auteur de l'œuvre originale lui-même, devrait porter sur l'œuvre originale elle-même ou devrait mentionner la source de l'œuvre parodiée.**

Cela étant, l'application, dans une situation concrète, de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, doit respecter un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts et les droits des personnes visées aux articles 2 et 3 de cette directive et, d'autre part, la liberté d'expression de l'utilisateur d'une œuvre protégée se prévalant de l'exception pour parodie, au sens de cet article 5, paragraphe 3, sous k).

Il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier, en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire au principal, si l'application de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, à supposer que le dessin en cause au principal réponde auxdites caractéristiques essentielles de la parodie, respecte ce juste équilibre.