

*Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université de Paris 1
Panthéon-Sorbonne*

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 584

*Dirigée par
Yves Lequette
Professeur
à l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)*

LA RECHERCHE D'UN STATUT DE L'ŒUVRE TRANSFORMATRICE

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE
DE L'ŒUVRE COMPOSITE
EN DROIT D'AUTEUR

Pauline Léger

*Préface de
Pierre Sirinelli*

LA RECHERCHE D'UN STATUT
DE L'ŒUVRE TRANSFORMATRICE

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE
DE L'ŒUVRE COMPOSITE
EN DROIT D'AUTEUR

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 584

Dirigée par
Yves Lequette
Professeur
à l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)

LA RECHERCHE D'UN STATUT DE L'ŒUVRE TRANSFORMATRICE

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE
DE L'ŒUVRE COMPOSITE
EN DROIT D'AUTEUR

Pauline Léger
Docteur en droit

Préface de
Pierre Sirinelli

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Bibliothèque de droit privé fondée par Henry Solus
Professeur honoraire à la Faculté de droit
et des sciences économiques de Paris

LGDJ une marque de
Lextenso

Thèse retenue par le Comité de sélection de la Bibliothèque de droit privé
présidé par Yves Lequette et composé de :

Laurence Idot

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Dominique Fenouillet

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Yves-Marie Serinet

Professeur à l'Université Paris-Sud

Pierre Sirinelli

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Geneviève Viney

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Guillaume Wicker

Professeur à l'Université de Bordeaux

Retrouvez tous nos titres

Defrénois - Gazette du Palais

Gualino - Joly - LGDJ

Montchrestien

sur notre site



www.lextenso-editions.fr



© 2018, LGDJ, Lextenso éditions

70, rue du Gouverneur Général Éboué

92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

I.S.B.N. : 978-2-275-06142-9 I.S.S.N. : 0520-0261

PRÉFACE

L'étude proposée par M^{me} Pauline Léger est la première réalisée en France sur un des sujets les plus discutés, à l'heure actuelle, dans le monde de la propriété intellectuelle. Cet intérêt universel s'explique par les lourds enjeux théoriques et pratiques du thème (« les œuvres transformatrices ») et par le constat qu'il existe, à son propos, une forte demande sociale de modification des solutions juridiques. Au point que certains États ont déjà fait évoluer leur législation en la matière (voir, par exemple, la loi canadienne du 29 juin 2012 sur la modernisation du droit d'auteur) et que l'Union européenne s'interroge sur l'opportunité d'intervenir dans le but de créer une exception obligatoire pour trancher les débats qui se sont faits jour (et cela dès le Livre Vert relatif au « droit d'auteur dans l'économie de la connaissance » du 16 juillet 2008, jusqu'aux travaux préparatoires de la Proposition de directive du 14 septembre 2016) tandis que certains juges donnent l'impression de s'affranchir de la rigueur des textes applicables pour proposer des approches nouvelles.

Si la thèse proposée par M^{me} Pauline Léger est une œuvre qui peut paraître, de prime abord, très ciblée et conjoncturelle puisque l'œuvre transformatrice est une notion relativement récente et technique, elle se rattache néanmoins aux problématiques intemporelles et transversales de l'emprunt créatif à l'œuvre d'autrui. Le sujet met en outre en évidence les mouvements qui entourent l'évolution du droit d'auteur et peut sembler à cet égard très spécialisé. Cependant, ces évolutions ne sont qu'une caisse de résonance de réflexions plus générales sur l'évolution du droit de propriété. L'œuvre transformatrice est aussi l'illustration d'un conflit de droits dont la résolution suppose d'avoir égard aux façons dont d'autres matières de droit privé envisagent la résolution de conflits entre droits concurrents.

L'œuvre transformatrice, il est vrai, est le lieu de convergence d'oppositions, d'attentes et d'intérêts antagonistes. Soit qu'il s'agisse de revendications personnelles franchement en désaccord, soit qu'il s'agisse d'aspirations fondées sur la recherche d'un nouvel équilibre du point de vue de l'intérêt général.

La révolution numérique a été l'occasion de remettre à plat certaines problématiques et de revendiquer de nouveaux arbitrages. Les auteurs d'œuvres nouvelles comme certains consommateurs – que l'on pourrait réunir sous le vocable, inélégant, d'« utilisateurs » – aspirent à disposer de davantage de liberté dans la reprise – à des fins d'évolution/transformation/recréation – d'œuvres préexistantes. Mais leur désir de liberté se heurte au respect nécessaire des droits de propriété intellectuelle que l'auteur de cette œuvre première peut avoir sur sa création. C'est dire que, si l'usage privé de ce matériau premier échappe aux droits d'auteur dès lors qu'il demeure dans la sphère privée, la communication au public d'une œuvre dérivée empruntant une part de sa substance à cette

création préexistante doit normalement être soumise à l'autorisation de l'auteur et au respect du droit moral de ce dernier.

Il est impossible de nier que cette contrainte est aujourd'hui contestée. Essentiellement parce que l'outil numérique permet la reprise facile d'éléments formels originaux appartenant à une œuvre préexistante, ou autorise techniquement la manipulation et la transformation et en permet – quasi instantanément – la communication à des tiers. L'heure est aux *mashups*, *versus*, *remix* et autres œuvres d'assemblages... Quand il ne s'agit pas, plus simplement, d'UGC (User Generated Content) sans réel apport créatif...

Or le temps de la mise en œuvre respectueuse du droit d'auteur paraît à ces utilisateurs trop long et vain puisque la réponse de l'auteur de l'œuvre première peut être négative dans son principe ou trop contraignante dans ses modalités dans l'hypothèse d'une autorisation conditionnée.

Pour cette raison, il est le plus souvent opposé, au respect du droit d'auteur du premier créateur, la liberté de création de l'utilisateur qui aspire à réaliser une œuvre transformatrice. Quand ce n'est pas la prétendue liberté d'information de celui qui poste et communique les œuvres d'autrui sur les plateformes numériques. Sont alors mobilisés, dans le débat, les droits fondamentaux qui devraient être reconnus aux créateurs d'œuvres secondes qui ne sauraient être bridés dans le déploiement de leur activité créatrice. Ce point de vue semble trouver un écho indirect dans la proclamation de l'article premier de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine : « la création artistique est libre ». Mais il est impossible d'oublier que le droit d'auteur est également un droit fondamental – en tant que droit de propriété – et qu'il est souvent proclamé droit de l'Homme.

C'est à cette opposition de logiques et de droits qu'est consacré le travail proposé par M^{me} Pauline Léger. La thèse présentée est un travail d'une très grande richesse et contient des analyses érudites et très subtiles de droit interne, de droit européen et de droit comparé. Elle étudie au regard des textes existants les solutions qui sont susceptibles d'être dégagées. Ce travail fait, par exemple, apparaître que – à droit constant – les situations ne connaîtront pas les mêmes réponses en France ou aux États-Unis d'Amérique. L'étude s'enrichit de projets de textes nationaux ou d'institutions supranationales et analyse la pertinence des évolutions proposées.

L'étude purement juridique se nourrit naturellement de réflexions de droit commun et envisage l'impact des évolutions proposées non seulement du point de vue des règles de propriété intellectuelle mais également au regard du droit des biens. La théorie générale du droit est aussi appelée à la rescousse et irrigue toute la réflexion qui est conduite.

La thèse s'achève sur des propositions *de lege ferenda*, mesurées, destinées à encadrer – au sein d'une législation de droit d'auteur, par un nouvel équilibre interne – l'évolution projetée et à adopter une solution harmonieuse et équilibrée, prenant bien soin de ne pas rompre tous les équilibres existants. C'est là tout le mérite de son auteur qui, jeune chercheur, sait pourtant déjà faire preuve d'innovation, d'audace et de prudence à propos d'une question qui fait l'objet de fortes revendications sociales remettant au jour d'anciennes questions.

Ainsi, pour M^{me} Pauline Léger, la délimitation du concept d'œuvre transformatrice appelle, dans un premier temps, une nécessaire remise en cause des catégories traditionnelles qui constituent les piliers du droit d'auteur, ainsi que des impératifs auxquels la constitution de ce monopole doit répondre. C'est la raison pour laquelle le statut légal des œuvres composites dont le régime, imprécis, n'a jamais fait l'objet d'une étude approfondi, est revisité. C'est dire que la réflexion dépasse de beaucoup le seul sujet qui fait l'objet du titre comme l'indique du reste la présence d'un sous-titre et d'une construction ouverte.

Ce n'est donc pas seulement le thème de l'œuvre transformatrice qui est ici étudié mais bien le statut général des œuvres qui est exposé.

Et c'est fort de cette lecture renouvelée qu'il lui est possible de circonscrire la notion fonctionnelle d'œuvre transformatrice : l'auteur de pareille création exprime une opinion sur l'œuvre d'autrui, en induisant un décalage avec celle-ci. Ce dessein, cette démarche justifie une certaine marge de liberté. C'est par le mécanisme d'une exception au droit d'auteur – raisonnable, finalisée et encadrée – que sera trouvé, dans un second temps, le moyen de concilier de manière pérenne les droits de l'auteur originel et ceux de l'auteur de l'œuvre transformatrice.

Cette thèse pionnière est, incontestablement, l'une des plus intéressantes qui aient été proposées en matière de droit d'auteur ces dernières années. Elle a reçu un accueil extrêmement favorable des membres du jury (Mmes Valérie-Laure Benabou, Judith Rochfeld et Alexandra Bensamoun, MM. Édouard Treppoz, Michel Vivant et le soussigné). Les développements intéresseront indiscutablement les théoriciens tant les revendications sont importantes en la matière et porteuses – si toutes devaient être entendues – de profonds bouleversements (au point de remettre en cause non seulement l'articulation des droits entre auteur d'une œuvre première et créateur de l'œuvre seconde mais aussi d'affaiblir la portée du droit de propriété accordé).

Ce travail est également très riche pour les praticiens dans la mesure où – exposant, de façon plus générale, le statut des œuvres composites et dérivées – il prend appui sur des situations pratiques concrètes examinées sous l'angle de diverses législations. L'étude proposée n'est pas simplement une projection vers l'avenir mais également une cartographie des solutions actuelles permettant à chacun de trouver les réponses pratiques aux diverses hypothèses susceptibles de se présenter. Car, au-delà du donné légal, les solutions évoluent du fait de l'intervention des juges et de la prise en considération croissante des droits fondamentaux. En témoigne l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation le 15 mai 2015, à propos de l'opposabilité – à justifier – des droits patrimoniaux, qui a suscité nombre de commentaires critiques. Ou encore les deux décisions de la Cour régulatrice rendues en matière de droit moral, l'arrêt « Les Misérables » du 30 janvier 2007 et la décision « Dialogues des carmélites » en date du 22 juin 2017.

C'est dire que cette thèse – qui est le premier travail français d'ampleur sur cette question mondiale – est susceptible d'intéresser de nombreux lecteurs aux appétits variés.

Pierre Sirinelli
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE L'IDENTIFICATION DE L'ŒUVRE TRANSFORMATRICE

Titre 1 : La mise au jour des enjeux liés aux œuvres transformatrices

Chapitre 1. Le domaine de l'utilisation créatrice des œuvres d'autrui

Chapitre 2. Les obstacles à l'utilisation créatrice des œuvres d'autrui

Titre 2 : La construction d'une identité des œuvres transformatrices

Chapitre 1. Le critère commun aux œuvres composites

Chapitre 2. Le critère spécifique aux œuvres transformatrices

SECONDE PARTIE LE RÉGIME DE L'ŒUVRE TRANSFORMATRICE

Titre 1 : L'analyse du conflit éventuel entre l'auteur de l'œuvre transformatrice et l'auteur de l'œuvre originelle

Chapitre 1. Les limites de la résolution du conflit par le droit commun

Chapitre 2. La résolution précaire du conflit par des mécanismes extérieurs au droit d'auteur

Titre 2 : L'opportunité d'un régime d'exception

Chapitre 1. La réception des œuvres transformatrices dans la construction interne du droit d'auteur

Chapitre 2. La création d'une nouvelle exception de critique

CONCLUSION GÉNÉRALE

REMERCIEMENTS

À l'heure de la publication de cette thèse, je tiens à renouveler mes remerciements à Monsieur le Professeur Sirinelli, pour m'avoir donné cette chance de réaliser un travail de recherche sous sa direction, pour la confiance qu'il m'a témoignée, pour m'avoir conseillée et encouragée tout au long de ce travail. Qu'il trouve ici l'expression de ma sincère reconnaissance et de mon plus grand respect.

Mes remerciements s'adressent aussi à Mesdames les Professeurs Benabou, Bensamoun et Rochfeld, ainsi qu'à Messieurs les Professeurs Treppoz et Vivant, qui ont accepté de lire et d'engager la réflexion sur ce travail.

Mes remerciements vont enfin à toutes celles et à tous ceux qui m'ont accompagnée au cours de ces années de recherche, pour leur présence si précieuse, leur soutien sans faille et leurs conseils avisés.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

1 ^{re} civ.	Première chambre civile de la Cour de cassation
2 ^e civ.	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
3 ^e civ.	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
<i>Adde (addenda)</i>	ajouter
ADPIC	Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce
aff.	affaire
<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
al.	alinéa
ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Arch. philo. dr.</i>	Archives de philosophie du droit
art.	article
<i>Berkeley Tech. L.J.</i>	Berkeley Technology Law Journal
<i>BICC</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation
<i>Buff. L. Rev</i>	Buffalo Law Review
<i>bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
<i>Bull. dr. Auteur</i>	Bulletin du droit d'auteur
C. const.	Conseil constitutionnel
c./	contre
CA	cour d'appel
<i>Cah. dr. auteur</i>	Cahiers du droit d'auteur
<i>Cah. prop. intell.</i>	Cahiers de propriété intellectuelle
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chron.	chronique
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
coll.	collection
<i>Colum. J.L. & Arts</i>	Columbia Journal of Law & the Arts
com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	commentaire
<i>Comm. com. électr.</i>	Revue communication commerce électronique
comp.	comparer
concl.	conclusions
<i>contra</i>	en sens contraire
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Dd'A</i>	Le Droit d'auteur
dir.	sous la direction de
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et Patrimoine
<i>Droits</i>	Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques
éd.	édition
fasc.	fascicule
<i>Fordham L. Rev</i>	Fordham Law Review
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>Harv. L. Rev</i>	Harvard Law Review
<i>Ibid. (ibidem)</i>	même endroit
<i>Idem</i>	même chose
<i>In</i>	dans
inf. rap.	informations rapides
<i>infra</i>	ci-dessous
IRPI	Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle
<i>J.-Cl.</i>	Jurisclasseur
<i>JCP E</i>	La Semaine Juridique, édition Entreprise
<i>JCP G</i>	La Semaine Juridique, édition Générale
<i>J. dr. eur.</i>	Journal de droit européen
<i>J. L. & Pol'y for Info. Soc'y</i>	Journal of Law and Policy for Information Society
<i>J. Copyright Soc'y U.S.A</i>	Journal of the Copyright Society of the U.S.A.
<i>JOUE</i>	Journal Officiel de l'Union européenne
<i>Law & Contemp. Probs.</i>	Law and Contemporary Problems
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>Loy. L.A. Ent. L. Rev</i>	Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
n°	numéro
obs.	observations
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
<i>op. cit. (opere citato)</i>	référence doctrinale précédemment citée
p.	page
<i>PIBD</i>	Propriété industrielle, bulletin documentaire
préc.	référence légale/jurisprudentielle/rapport précédemment cités
<i>Propr. ind.</i>	Propriété industrielle
<i>Propr. intell.</i>	Propriétés Intellectuelles
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
Rapp.	Rapport
Rappr.	rapprocher de
<i>RDA</i>	Revue de droit d'Assas
<i>RDC</i>	Revue des contrats

réf.	ordonnance de référé
<i>RDTI</i>	Revue du droit des technologies de l'information
<i>RIDA</i>	Revue internationale de droit d'auteur
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RLDconc.</i>	Revue Lamy droit de la concurrence
<i>RLDI</i>	Revue Lamy droit de l'immatériel
<i>RRJ</i>	Revue de recherche juridique – Droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>S.</i>	Recueil Sirey
s.	suivant
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
<i>Tex. L. Rev.</i>	Texas Law Review
TGI	Tribunal de grande instance
TPICE	Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes
Trib. Civ.	Tribunal civil
v.	voir
v°	<i>verbo</i>
<i>Vand. J. Ent. & Tech. L.</i>	Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law
vol.	volume
vs	<i>versus</i>

À Yann,

INTRODUCTION

1. L'emprunt créatif. « Dans le monde où nous vivons, les œuvres absolument originales, c'est-à-dire celles qui n'ont tiré aucun aliment de créations préexistantes, ont un caractère exceptionnel, théorique »¹. Desbois remarquait en ces termes que la création se nourrit de ce qui l'a précédée. Ce constat est partagé par de nombreux auteurs². La maxime « rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme », attribuée à Lavoisier, reçoit en conséquence un champ d'application élargi. Cette affirmation est ainsi régulièrement illustrée. Par exemple, dans le domaine artistique, plusieurs expositions ont eu pour objet de montrer que le procédé de l'emprunt aux œuvres de leurs prédécesseurs est au cœur du travail des plus grands artistes³. Dans le domaine littéraire, certains travaux de recherche soutiennent que tous les textes entretiennent entre eux des relations évidentes. Les auteurs de ces travaux invitent à une lecture relationnelle et ont entrepris de décrire et de classer ces liens⁴.

1. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, n° 21, p. 32.

2. Le constat a été fait à toutes les époques, par des auteurs issus de domaines différents. V. notamment E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, tome I, 2^e éd., Marchal et Billard, 1894, n° 12, p. 34 : « La création est la cause efficiente de la propriété littéraire et artistique ; mais créer, dans le langage humain, ce n'est pas, bien entendu, faire quelque chose de rien, c'est faire quelque chose qui n'existait pas, le plus souvent, on doit même dire toujours, avec des matériaux existants » ; F. Chaudeson, *À qui appartient l'œuvre d'art ?*, Armand Colin, 2007, p. 109 : « Le recours ou l'emprunt aux prédécesseurs ou aux concurrents, parfois assumé, parfois contourné, se retrouve en permanence dans l'histoire de toutes les littératures et ces pratiques en sont même constitutives » et p. 117 : « l'imitation, comme la copie, procède du même principe de réécriture qui est totalement constitutif de l'histoire artistique. Toutes les techniques de collages, centons, reprises de citation, patchwork ou tissage de fragments de textes font intrinsèquement partie du processus d'élaboration des formes littéraires. Ces procédés se perpétuent au long des siècles, utilisés parfois sous forme ludique comme le firent les surréalistes » ; P. Henaff, « Le droit moral de l'auteur décédé : menace pour la liberté d'expression et la création artistique », *LPA* 22 juill. 1999, n° 145, p. 13 : « les œuvres se créent au regard de ce qui s'est déjà fait et les chefs-d'œuvre novateurs ne peuvent naître qu'en dépassant ce qui a déjà été fait, donc en n'ayant de plus connaissance dans une certaine mesure des arts du passé ». V. également Z. Chafee, Jr., *Reflections on the Law of Copyright*, 45 *Colum. L. rev.* 503, 511 (1945) : « *The world goes ahead because each of us builds on the work of our predecessors. A dwarf standing on the shoulders of a giant can see farther than the giant himself* ».

3. V. notamment *Copier créer : de Turner à Picasso, 300 oeuvres inspirées par les maîtres du Louvre*, Musée du Louvre, Paris, 26 avril-26 juillet 1993 ; *Picasso et les Maîtres*, Grand Palais, Galeries nationales, Paris, 8 oct. 2008- 2 févr. 2009 ; *Rodin et les ambassadeurs*, Musée Rodin, 6 mai-4 sept. 2011 ; *Vincent van Gogh, rêves de Japon – Hiroshige, l'art du voyage*, Pinacothèque, 3 oct. 2012-17 mars 2013.

4. V. notamment G. Geneste, *La littérature au second degré*, Seuil, 1982, qui s'intéresse à la transtextualité ou transcendance textuelle du texte, c'est-à-dire « tout ce qui le met en relation, manifeste ou secrète, avec d'autres textes » (p. 7). Cet auteur s'intéresse plus particulièrement à l'hypertextualité, ainsi définie : « L'hypertextualité, à sa manière, relève du *bricolage*. (...) Disons seulement que l'art de "faire du neuf avec du vieux" a l'avantage de produire des objets plus complexes et plus savoureux que les produits "faits exprès" : une fonction nouvelle se superpose et s'enchevêtre à une structure ancienne, et la dissonance entre ces deux éléments coprésents donne sa saveur à l'ensemble » (p. 451) ; Rapp. J. Kristeva, *Séméiôtikè. Recherches pour une sémanalyse*, Seuil, 1969,

Pourtant, cette affirmation ne donne pas moins lieu à discussions. La fameuse querelle des Anciens et des Modernes en est une illustration, qui opposa, à la fin du XVII^e siècle, deux conceptions de la création⁵. L'une, menée par Boileau, était fondée sur l'idée que les auteurs de l'Antiquité avaient atteint la perfection dans les domaines littéraire et artistique. Dès lors, la création ne pouvait plus être qu'une imitation de ces prédécesseurs. L'autre, menée par Perrault, contestait cet argument en affirmant que le dépassement était toujours possible en la matière. Puis, à la fin du XVIII^e siècle, certains grands auteurs ont revendiqué le droit au plagiat de leurs prédécesseurs, au nom de l'utilité publique⁶. Ils soutenaient que l'emprunt à l'œuvre d'autrui permet une meilleure circulation des idées et desdites œuvres et sert de fondation au développement d'œuvres nouvelles.

Qu'il soit ou non possible d'innover en matières littéraire et artistique n'empêche pas que l'emprunt à l'œuvre d'autrui irrigue la démarche créatrice, ce que le droit semble bien avoir pris en compte. La règle paraît simple. En effet, si le nouvel auteur peut s'inspirer des idées et du style de ses prédécesseurs, il devient contrefacteur lorsqu'il franchit la ligne de l'emprunt d'une forme originale. La protection de l'objet de droits est ainsi circonscrite de façon à aménager un certain usage libre de l'œuvre d'autrui⁷. De plus, la constitution de l'exclusivité sur l'objet de droits d'auteur n'est que temporaire, ce qui permet la libre utilisation à l'expiration du délai⁸, tout en respectant le droit moral⁹. L'œuvre tombe alors dans le domaine public¹⁰ soixante-dix ans à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit celle du décès de l'auteur¹¹.

p. 85 : le texte n'est qu'une « mosaïque de citations » ; R. Barthes, « texte (théorie du) », *Encyclopaedia universalis*, 1973 : « tout texte est un intertexte ; d'autres textes sont présents en lui, à des niveaux variables, sous des formes plus ou moins reconnaissables : les textes de la culture antérieure et ceux de la culture environnante ; tout texte est un tissu de citations révolues » ; A. Compagnon, *La seconde main ou le travail de la citation*, Seuil, 1979.

5. Rapp. G. Lyon-Caen, « Une querelle juridique des anciens et des modernes (à propos des liaisons dangereuses) », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Tome II, Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, Dalloz – Sirey, 1961, pp. 497-512, spéc. p. 507.

6. V. H. Maurel-Indart, *Du plagiat*, Gallimard, 2011, pp. 149-157 ; « Le système citationnel à géométrie variable », *RLDI* 2012/82, n° 2761.

7. M.-C. Piatti, « Un équilibre de principe – ou un droit d'auteur qui préserve et encourage la création », *RLDI* 2012/82, n° 2763, in colloque de l'Université Lumière - Lyon II, *Le plagiat, de la liberté de création à la contrefaçon*, 13 janv. 2012, *RLDI* 2012/82, pp. 73-105.

8. V. S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, avant-propos P.-Y. Gautier, Litec, 2002, n° 316, p. 152 : « C'est donc pour assurer la liberté d'inspiration et de création que l'œuvre de l'auteur, passé un certain délai, tombe dans le domaine public. (...) l'auteur, ayant puisé dans le domaine public et le fonds commun pour élaborer sa création, doit en quelque sorte rembourser, ce qui se fait par la chute de sa propre œuvre dans le domaine public ».

9. Art. L. 121-1 *C. prop. intell.* : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre.

« Ce droit est attaché à sa personne.

« Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.

« Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur.

« L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires ».

10. Le domaine public désigne « l'ensemble des œuvres et créations de l'esprit, dont l'exploitation patrimoniale, échappant ainsi au monopole de leur auteur, s'ouvre à tous » : *Vocabulaire juridique*, G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, 10^e éd., Quadrige – PUF, 2014, v° « Domaine public – III ».

11. Art. L. 123-1 *C. prop. intell.* : « L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son oeuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire.

« Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

De surcroît, la catégorie légale des œuvres composites, dites aussi œuvres dérivées, consacre l'existence juridique de l'œuvre « à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière »¹². Il en est ainsi des traductions, adaptations, transformations et arrangements, donnés en exemples par le code de la propriété intellectuelle¹³. L'auteur d'une œuvre composite bénéficie d'un droit autonome sur cette création, c'est-à-dire distinct de celui qui existe déjà sur l'œuvre d'autrui, utilisée.

Ce faisant, le législateur a tranché en droit d'auteur un débat qui agite encore le droit des biens. Ce dernier porte sur le point de savoir à qui doit revenir la propriété d'un produit nouveau, issu du travail d'un tiers sur un objet appartenant à autrui. Les articles 565 et suivants du code civil apportent des éléments de réponse en matière mobilière. Néanmoins, une partie de la doctrine soutient que la valeur du travail souffre d'une dépréciation qui ne se justifierait pas et que le travail est un mode d'acquisition¹⁴, réactivant ainsi le débat entre les Proculiens et les Sabinien¹⁵.

2. L'œuvre composite, entre autonomie et dépendance. Ce débat a notamment pu être tranché en droit d'auteur en raison de la nature de l'œuvre, dotée d'ubiquité. L'auteur de l'œuvre utilisée, dite source, première ou originelle, conserve un droit d'auteur sur celle-ci, alors même qu'elle est par ailleurs intégrée dans une œuvre nouvelle, sur laquelle un autre droit est constitué au profit d'un auteur tiers. Pourtant, si la question de la titularité a été tranchée par le législateur, il n'en demeure pas moins que certaines problématiques subsistent. Ainsi, d'une part, la qualification d'œuvre composite suppose que l'emprunt porte sur un élément de l'œuvre d'autrui qui bénéficie d'une protection par le droit d'auteur. Or la protection ne porte que sur la forme originale, ce qui exclut les idées, de libre parcours. La qualification suppose en conséquence un travail préalable de discrimination des emprunts originaux, de ceux qui ne le sont pas. D'autre part, la propriété de l'œuvre composite s'entend « sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante », en vertu de l'article L. 113-4 du code de la propriété intellectuelle¹⁶.

12. Art. L. 113-2 al. 2 *C. prop. intell.*

13. Art. L. 112-3 al. 1^{er} *C. prop. intell.* : « 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 ». Ont également été qualifiées d'œuvres composites les sculptures de moules servant à la réalisation de marionnettes, à partir de dessins (Cass. 1^{re}, 26 janv. 1994, n° 92-11701, *bull. civ.* 1994, I, n° 35, p. 26 : *D.* 1994. IR. 55 ; *RIDA* 1994, n° 162, pp. 305-311, obs. A. Kéréver, pp. 433-441 (texte de la décision) ; la refonte d'un ouvrage touristique (Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 1995, n° 93-16850, *bull. civ.* 1995, I, n° 375, p. 261 : *RIDA* 1996, n° 167, pp. 253-255, obs. A. Kéréver, pp. 277-281 (texte de la décision) ; *D.* 1995. IR. 243 ; *Gaz. Pal.* 1996. 1. somm. 21-22) ; l'achèvement d'un opéra (Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 1973, n° 71-14709, *bull. civ.* I, n° 309, p. 275 : *RIDA* 1974, LXXX, pp. 66-69 ; *RTD com.* 1974. 514, obs. H. Desbois ; *Gaz. Pal.* 1974. 1. 94, note R.S).

14. T. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, préf. F. Zénati, Litec, 1992, spéc. n° 417, p. 472 : l'auteur démontre que la spécification est un mode originaire d'attribution de la propriété. Poursuivant dans cette veine, v. sur la spécification, S. Becquet, *Le bien industriel*, préf. T. Revet, LGDJ, 2005.

15. Les Proculiens estimaient que lorsqu'une matière a été transformée pour donner lieu à une chose nouvelle, primauté devait être reconnue à la forme nouvelle, alors que les Sabinien soutenaient que la matière demeurerait l'essence de cette chose nouvelle. Aussi, dans le premier cas, la chose devait revenir au spécificateur alors que, dans le second cas, elle demeurerait celle du maître de la matière : v. S. Becquet, *Le bien industriel, op. cit.*, n° 7, pp. 13-14.

16. Sur la mise en perspective de cette règle en droit des biens, v. *Ibid.*, n° 174, pp. 429-432.

L'auteur de l'œuvre composite est soumis à un lien juridique de dépendance vis-à-vis de l'auteur de l'œuvre source.

Néanmoins, cette règle de conflit, succincte, ne vide pas la question de la nature précise des droits de chaque auteur ni pendant la phase de création, ni pendant la phase d'exploitation¹⁷. Ainsi, en dépit de l'intervention législative, la polémique entre Proculiens et Sabinien est toujours d'actualité¹⁸, même en matière immatérielle¹⁹.

3. L'avenir de l'œuvre composite. Au demeurant, l'analyse démontre que cette catégorie légale n'a jamais fait l'objet d'une étude systématique et semble bien survivre dans une certaine quiétude, à la différence de ses voisines, l'œuvre de collaboration et l'œuvre collective²⁰. Pourtant, plusieurs membres de la doctrine ont annoncé l'avenir considérable de cette catégorie, en raison de la multiplication des pratiques d'utilisation créatrice de l'œuvre d'autrui²¹. Or la complexification croissante de ces pratiques, conduisant à des résultats d'une extrême diversité, suscite l'interrogation sur le cadre établi. Plusieurs raisons président à ce mouvement de complexification.

4. Un changement de dimension. La première raison est d'ordre matériel. Elle réside dans le constat que le développement du numérique a engendré une

17. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 13, p. 16.

18. P.-Y. Gautier, « L'accession mobilière en matière d'œuvre de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculiens et des Sabinien », *D.* 1988. Chron. XXIII, spéc. n° 12, pp. 155-156 : l'auteur propose que le juge puisse s'inspirer des règles de l'accession mobilière et, en particulier, de celle de l'article 565 du code civil, pour proroger exceptionnellement le droit d'exploitation d'une œuvre dérivée, contre la volonté de l'auteur de l'œuvre source. Cette proposition est fondée sur le recours à l'équité.

19. *Contra* J.-M. Mousseron, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, pp. 277-283, spéc. p. 283 : « Il est, alors, intéressant de noter que si, comme l'enseignement de Lavoisier l'affirme, rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme, la formule ne vaut pas pour les biens immatériels. Si les biens matériels naissent de la transformation continue de biens antérieurs, les biens immatériels sont les seuls à être proprement créés, à apparaître non pas comme la transformation de biens antérieurs mais comme des biens pleinement nouveaux, non des valeurs transformées avec ou sans plus-value mais des valeurs proprement nouvelles. Les biens qui les expriment dans l'organisation juridique et les droits qui les ont pour objets ne doivent, alors, ni aux biens ni aux droits antérieurs ».

20. Art. L. 113-2 *C. prop. intell.* : « Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques.

« Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière.

« Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ».

21. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., LexisNexis, 2015, n° 242, p. 210 : « Avec le web 2.0, qui permet aux internautes de modifier les œuvres et de se comporter parfois comme des auteurs si leur contribution est originale, les œuvres dérivées sont amenées à se développer (...). L'œuvre composite ou dérivée devient, en quelque sorte, un mode d'organisation privilégié de très nombreuses créations contemporaines » ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015, n° 586, p. 625 : « Son avenir est considérable, car l'Internet, les bases de données, etc., sont générateurs presque à l'infini de cette catégorie d'œuvres, de sorte que les questions, notamment de rémunération des auteurs originels, deviennent cruciales » ; X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2004, n° 361, p. 139 ; C. Bernault, v° « Objet du droit d'auteur – Titulaires du droit d'auteur. Règles générales (CPI, art. L. 113-1 à L. 113-7) », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1185, 2014, n° 89 : « Il faut dire que même si le phénomène est ancien, les adaptations semblent de plus en plus nombreuses. Les technologies numériques accentuent encore le constat, notamment avec le développement du "web 2.0" et les pratiques de remix ou mashup » ; X. Greffe, *Économie de la propriété artistique*, Economica, 2005, p. 170.

production exponentielle d'œuvres ou d'objets incorporant tout ou partie de l'œuvre d'autrui. Au départ, l'outil informatique a permis de constituer des banques de données, utiles à l'information sur les œuvres²². Puis les œuvres multi-médias, qui assortissent des œuvres de natures différentes, ont offert à l'utilisateur l'occasion d'interagir avec ces œuvres, le plus souvent par le jeu. Cependant, dans ces deux hypothèses, la création de l'œuvre composite s'opérait dans un cadre professionnel et nécessitait de lourds investissements.

À cet égard, le développement des technologies liées au *web 2.0*²³ change véritablement la donne. Les outils numériques, offerts le plus souvent gratuitement sur les réseaux, permettent à tout un chacun d'emprunter très facilement à l'œuvre d'autrui, c'est-à-dire de la reproduire dans ses moindres détails, afin de l'intégrer à une nouvelle œuvre qui est ensuite diffusée sur l'Internet. Sur les réseaux sociaux et les blogs, ces créations « amateurs » connaissent une croissance fulgurante. Elles sont désignées sous l'appellation générique de contenus générés par les utilisateurs²⁴ – *users generated content*. Précisément, le terme désigne des objets de toutes sortes (textes, musiques, vidéos, photographies, créations graphiques) qui sont diffusés sur les réseaux, par ses utilisateurs. Il peut aussi bien s'agir d'une photographie mise en ligne sur un blog personnel, de quelques lignes rédigées sur le site Wikipédia, que d'objets plus sophistiqués comme les *mash-up*. Ces derniers s'entendent des compositions d'éléments visuels ou sonores provenant de différentes sources²⁵. L'objectif est d'utiliser plusieurs œuvres ou éléments d'œuvres d'origines différentes et de les assembler dans une nouvelle composition pour les faire communiquer. L'auteur joue sur cette confrontation, ce décalage entre les différentes œuvres associées. Concrètement, il peut s'agir de juxtaposer les dialogues issus d'un film sur les images issues d'un autre film, ou de composer plusieurs extraits provenant de films différents afin de simuler une conversation entre des personnages qui ne se sont jamais rencontrés.

Ces contenus symbolisent une nouvelle ère de la création : celle du « remix », c'est-à-dire de la recomposition des œuvres d'autrui²⁶, du « copier-crée », mais aussi celle de l'auteur-amateur.

5. La renaissance de l'auteur-amateur. Par conséquent, la seconde raison de la complexification est d'ordre sociologique. Elle réside dans l'évolution du rôle du public. Le public, soit les destinataires des œuvres, a en principe vocation à les recevoir de façon assez passive. On constate aujourd'hui qu'une partie de ce public souhaite participer activement à la création et revendique le droit d'utiliser les œuvres d'autrui pour s'exprimer²⁷. Puisque les œuvres sont omniprésentes

22. P. Catala, « Les banques de données peuvent-elles influencer l'évolution du droit ? », in *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus Ex Machina*, P. Catala, PUF, 1998, pp. 210-223 ; P. Sirinelli, « L'auteur face à l'intégration de son œuvre dans une base de données doctrinale. De l'écrit à l'écran », *D.* 1993. Chron. LXXXII.

23. L'expression « *web 2.0* » a été utilisée pour la première fois par Dale Dougherty et Tim O'Reilly lors d'une conférence au début des années 2000. Tim O'Reilly en a formulé une définition dans un article devenu l'une des références dans ce domaine : « *What Is Web 2.0, Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software* », 30 sept. 2005, disponible en ligne <<http://oreilly.com>>.

24. Pour une approche précise des contenus générés par les utilisateurs, v. *infra*, n° 52 s.

25. Commission générale de terminologie et de néologie, Vocabulaire de la culture et de la communication, NOR CTNX1016619K, *JO* du 22 juill. 2010, pp. 13542-13544, v° « collage, sens I.2 ». Équivalent étranger : *bootleg* (collage musical), *mash-up*, *mashup*.

26. *Rapport de la mission CSPLA sur les "œuvres transformatives"*, V.-L. Benabou (dir.), F. Langrognet (rapp.), publié en ligne le 24.12.2014, pp. 9 et 13.

27. V.-L. Benabou, J. Rochfeld, *À qui profite le clic ?*, Odile Jacob, 2015, pp. 30-33 : « Je est créateur ».

dans la vie quotidienne, le public a fini par s'en saisir comme autant de moyens de création et d'expression. Cette émergence d'une nouvelle catégorie d'auteurs est souvent perçue de façon négative. Comme le déplore le Professeur Benabou, « le générateur de l'UGC à cause de sa qualité d'amateur est traité souvent comme un auteur de seconde catégorie »²⁸. Pourtant, d'aucuns s'attachent à mettre en valeur cette résurgence d'une culture populaire²⁹. Il apparaît avec évidence que l'espace public s'est transformé³⁰.

Au demeurant, ce phénomène n'est en réalité pas tout à fait nouveau. C'est l'ampleur de l'utilisation créatrice de l'œuvre d'autrui qui bouscule à l'heure actuelle les catégories légales établies du droit d'auteur.

En effet, de tels usages de l'œuvre d'autrui se sont progressivement développés dans le domaine musical depuis quelques dizaines d'années. Les technologies ont d'abord permis la seule reproduction du son, avant d'être détournées au début des années 1980, pour récupérer et utiliser ces sons. Associés, ils ont conduit à de nouvelles créations, désignées sous le terme de musique « concrète »³¹. Par la suite, cette technique de l'échantillonnage numérique a entraîné l'émergence de styles de musique dont les auteurs revendiquent l'emprunt aux œuvres antérieures, tel le *rap*, la *house*, le *hip hop* ou la *techno*³².

Dans le domaine artistique, certains acteurs ont aussi fondé leur démarche créatrice sur la copie des œuvres d'autrui. Ils relèvent d'un mouvement qui comporte plusieurs branches et qui est désigné sous le terme d'art de l'appropriation³³. Leur démarche trouve son essence dans une réaction critique à la multiplication du nombre d'œuvres auxquelles le public est en quelque sorte soumis quotidiennement, notamment du fait des campagnes publicitaires. Les artistes inversent alors la tendance en proposant des œuvres qui se présentent comme des copies d'œuvres d'autrui. Leur objectif est de susciter la réflexion du public sur le rapport entre originalité et paternité, soit sur la notion d'auteur.

28. V.-L. Benabou, « Quelles solutions pour les UGC en France ? », *Juris art etc*, juin 2015, pp. 20-24, spéc. p. 22.

29. Analysant les contenus générés par les utilisateurs comme un retour à une culture populaire, v. L. Lessig, *Remix, Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Penguin book, 2008 ; R. Tushnet, « *Hybrid Vigor : Mashups, Cyborgs, and Other Necessary Monsters* », 6 *J. L. & Pol'y for Info. Soc'y* 1-12 (2010). Pour une approche sociologique, v. A.-V. Nentwig, « Amateur(s) : les enjeux sociaux d'une classification », *Juris art etc*, janv. 2015, n° 20, pp. 28-31, spéc. p. 31 : « Le Web devenant même une ressource stratégique, permettant à cette culture, souvent élaborée et ne possédant pas les mêmes conditions de visibilité que celle des professionnels, de se faire entendre et d'être diffusée. Ainsi, se définir comme amateur, être reconnu comme tel, renvoie à des logiques d'actions et d'inscription dans un monde artistique différencié ».

30. A. Sériaux, « L'espace public », in *Études à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, LexisNexis – Litec, 2007, pp. 433-442, spéc. n° 1, p. 433 : « Au traditionnel bouche à oreille constitutif de la rumeur publique, d'une portée forcément limitée, sont venus s'ajouter des moyens de communication au rayon d'action plus large : livre, journal, radio, télévision et, aujourd'hui, l'Internet. Jadis cantonnée à l'agora ou au forum, la place publique s'étend désormais aux confins de la planète (...) ».

31. La musique concrète est un concept développé par Pierre Schaeffer au milieu du XX^e siècle. Sa particularité réside dans ce qu'elle est composée de sons préalablement enregistrés puis traités et combinés. Le son est ainsi considéré comme une matière première (A.-E. Kahn, v° « Objet du droit d'auteur – Notion d'œuvre musicale (CPI, art. L. 112-2) », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1138, 2013, n° 67-68).

32. *Ibid.*, n° 67-69.

33. Sur ce mouvement, v. notamment R. Fleck, « Qu'est-ce que l'appropriationnisme ? », pp. 92-93 et C. Millet, « L'art de l'appropriation devant les tribunaux », pp. 155-163, spéc. p. 156, in *Copyright, Copywrong*, Actes du colloque Le Mans, Nantes, Saint-Nazaire, févr. 2000, MeMo, 2003.

6. Les conséquences induites par l'ampleur du phénomène. Plusieurs membres de la doctrine s'accordent ainsi à constater, comme en réaction à l'ampleur de ce phénomène, une judiciarisation croissante dans ce domaine particulier de l'emprunt créatif³⁴. Ce recours au juge s'explique par la quantité et la diversité actuelles de la production artistique. Ainsi, l'art et la littérature ne se réduisent plus à des cercles d'initiés et les auteurs ne sont plus ni identifiés, ni identifiables eu égard à la masse de la création contemporaine. En conséquence, alors que l'emprunt à l'œuvre d'autrui était auparavant toléré lorsqu'il était réalisé par des artistes relevant d'un même « milieu homogène »³⁵ – par exemple, des peintres ou des musiciens relevant d'un même style –, désormais l'emprunt s'affranchit de ces cercles et l'artiste prend peur que son identité soit perdue, diluée³⁶.

Le phénomène s'est bien évidemment renforcé avec l'évolution des voies de création et de diffusion traditionnelles. Il s'est récemment accentué sous l'effet des outils numériques qui permettent de détecter le moindre fragment emprunté à l'œuvre d'autrui : les plateformes d'hébergement de contenus générés par les utilisateurs proposent ainsi aux auteurs et ayants droit d'adhérer à des programmes de détection de contenus contrefaisants. Des bases de données réunissant les empreintes numériques de leurs œuvres sont constituées. La présence d'emprunts, même minimes, à l'œuvre d'autrui est en permanence l'objet de contrôles à l'aide de procédés automatisés³⁷.

L'emprunt créatif à l'œuvre d'autrui rencontre donc un succès considérable et constitue un tournant dans la façon de considérer l'utilisation créatrice d'œuvres antérieures. Le phénomène n'est pas neuf, mais comme souvent, les technologies conduisent à l'accentuer, à l'aiguiser, de sorte que le juriste ne peut plus l'ignorer. Comme le souligne le Professeur Vivant : « L'intérêt de ces “nouvelles technologies” est qu'elles créent des perspectives nouvelles, obligent à voir différemment ce qu'on avait pris l'habitude de voir d'une certaine manière et donc à quitter le domaine, confortable et ronronnant, des idées reçues pour accéder à l'approche critique »³⁸.

7. La réception du phénomène. Aussi, conformément à ce qu'avait déjà constaté Perelman³⁹, ces mutations du monde contemporain de la création ont

34. H. Maurel-Indart, *Du plagiat, op. cit.*, p. 97.

35. E. Treppoz, « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », *RLDI* 2012/82, n° 2763, spéc. p. 99 ; Rappr. H. Maurel-Indart, *Du plagiat, op. cit.*, p. 12 : « Lorsqu'au XVI^e siècle Montaigne pouvait citer Sénèque sans guillemets, il savait qu'il s'adressait à une même communauté de lecteurs formés à la même culture humaniste et détenteurs des mêmes références textuelles. À cette époque, il aurait été totalement déplacé de crier au plagiat. Pour Montaigne, de telles références aux Anciens, explicites ou non, ne pouvaient échapper à ses lecteurs avec lesquels ils partageaient les mêmes connaissances et le plaisir d'une complicité intelligente entre lettrés. Or, aujourd'hui, l'éclatement des champs de la connaissance en une multitude de domaines de spécialisation a rendu impossible le partage d'une savoir stable et commun ».

36. X. Greffe, *Économie de la propriété artistique, op. cit.*, p. 173 ; E. Treppoz, « Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain ? », *RIDA* 2006, n° 209, pp. 51-125, spéc. n° 2, p. 55.

37. V. par exemple l'outil de la plateforme *YouTube*, « *Content ID* » : <<https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=fr>>. V. *supra*, n° 341.

38. M. Vivant, « Les nouvelles technologies comme révélateur », *RLDI* 2005/2, p. 3. Ce n'est pas pour autant que les nouvelles techniques conduisent toujours à une révolution de la matière (E. Treppoz, « L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement », *Comm. com. électr.* 2010, étude 14).

39. C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, 1999, n° 96, p. 175 : « Le plus souvent c'est en dehors du tribunal, dans la société elle-même, que s'opèrent lentement les changements d'opinion qui mènent à une transformation des cadres dans lesquels se déroulent les débats judiciaires. Les débats politiques et philosophiques, ainsi que les constructions doctrinales des

progressivement conduit à l'évolution des opinions, même si les juridictions ne sont encore saisies qu'assez rarement de contentieux dans ce domaine. Les contenus générés par les utilisateurs ont joué le rôle de catalyseur de revendications croissantes, remettant en cause le droit applicable en la matière. Par suite, la Commission européenne s'est emparée de la question en 2008, dans un *Livre vert* portant sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance⁴⁰. Ces objets ont alors été rassemblés sous le vocable d'œuvres « transformatives ».

Dans un temps relativement bref, l'œuvre « transformative » s'est trouvée au cœur d'un mouvement d'ampleur dont le fer de lance consistait à repenser les modalités d'usage par un tiers de l'œuvre d'autrui, dans certains cas. Le point commun de ces revendications est d'apparaître comme le révélateur de changements profonds qui atteignent aussi bien les modalités de la création que la qualité d'auteur.

8. L'émergence d'un concept. Ce concept d'« œuvre transformative », nouveau, n'est en aucun cas défini abstraitement par les sources qui l'évoquent. Il n'est décrit que par référence à la diversité des cas concrets auxquels il renvoie, qui sont les contenus générés par les utilisateurs. Ce faisant, on peut partir de l'hypothèse que l'œuvre « transformative » est un « vocable conceptuel »⁴¹. Un tel vocable s'entend, selon Eisenmann, d'un mot ou d'une « étiquette » qui désigne un concept⁴² auquel certaines sources se réfèrent sans pour autant se prononcer sur son sens exact. Il s'agit plus précisément d'un « concept induit »⁴³, selon la terminologie utilisée par Eisenmann, qui semble correspondre à ce que l'on désigne aujourd'hui comme un « concept émergent »⁴⁴.

juristes, contribuent à ces changements fondamentaux, résultant d'efforts continuels de conciliation entre les exigences du droit et celles de l'équité, entre les besoins de stabilité et l'adaptation aux situations nouvelles, entre la sauvegarde des valeurs et celle des institutions ».

40. Commission des Communautés européennes, *Livre vert, Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM(2008) 466 final, 16 juill. 2008, non publié au Journal officiel : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 109, C. Caron ; *RTD com.* 2008. 728, F. Pollaud-Dulian ; *Adde* C. Geiger, F. Macrez, A. Bouvel, S. Carre, T. Hassler et J. Schmidt, « Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse au Livre Vert sur "le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance" », *Propr. intell.* 2009, n° 32, pp. 231-244.

41. C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. dr.* 1966, t. 11, *La logique du droit*, pp. 25-43, spéc. n° 2, p. 26.

42. On entend par « concept » un outil de réflexion qui est le fruit d'une démarche intellectuelle. Le concept est induit de l'observation de la réalité, de phénomènes, qu'il permet d'appréhender au moyen d'une représentation générale et abstraite. Il est, en quelque sorte, l'idée, l'hypothèse ou l'essence que l'on a extraite d'un élément observé. Le fait de révéler cette essence permet par la suite de rapprocher l'élément d'autres objets de droit et de déterminer si et comment il est intégré, ou s'il peut ou doit être intégré, dans le système juridique. Le concept désigne un degré d'abstraction plus élevé que la notion. Cette dernière est un outil de qualification, ce qui suppose qu'elle peut être décrite par certains traits. Elle donne donc lieu à l'application de règles de droit positif. Le concept précisé peut faire l'objet d'une réception par une notion, ou donner lieu à une nouvelle notion, parce que celles existantes s'avèrent insuffisantes à prendre en compte l'idée ou l'essence de l'objet révélé par le concept. V. X. Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in G. Tusseau (dir.), *Les Notions juridiques*, Economica, 2009, pp. 21-53 ; F.-P. Bénoit, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 23-38. V. aussi V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, n° 529-531, pp. 324-325.

43. C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, n° 5, p. 28.

44. J.-L. Bergel, « À la recherche de concepts émergents en droit », *D.* 2012. 1567 ; Rappr. *Les concepts émergents en droit des affaires*, G. Farjat, E. Le Dolley, J.-L. Bergel, T. Bonneau (dir.), LGDJ – Lextenso, 2010. Le concept induit nous semble en effet assez proche du concept émergent. Eisenmann

9. La croissance fulgurante du concept. Le terme d'œuvre « transformative » est donc apparu officiellement il y a moins d'une dizaine d'années. En dépit de l'imprécision du concept ainsi désigné, il a connu une croissance fulgurante. Les questions suscitées par cette naissance sont indéniablement liées aux nouvelles pratiques de création en ligne. Il est dès lors nécessaire à ce stade d'identifier ce concept, d'en dessiner les contours afin de préciser s'il est à même de constituer une base suffisante pour étudier les objets issus de ces pratiques. Il peut être circonscrit par l'analyse des différentes propositions qui s'en sont saisies. Cette mise en perspective fera pourtant apparaître des disparités qui remettent en cause l'existence d'un concept unique, homogène.

10. Le *Livre vert*. La première apparition officielle du terme d'œuvre « transformative » remonte au *Livre vert* portant sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance⁴⁵, publié en 2008 par la Commission européenne. Plus précisément, la Commission est partie du constat que « [l']obligation d'autorisation des droits préalablement à toute mise à disposition de contenu transformatif peut être perçue comme un obstacle à l'innovation en ce sens qu'elle empêche la diffusion d'œuvres nouvelles et potentiellement intéressantes ». Aussi le *Livre vert* a-t-il lancé la réflexion sur la création d'une exception éventuelle pour les œuvres « transformatives »⁴⁶, qui sont explicitement associées au contenu créé par l'utilisateur en ligne. Deux raisons ont irrigué cette proposition : d'une part, la nature de ces contenus qui constituent des œuvres « nouvelles ou dérivées » et, d'autre part, leur caractère non professionnel qui suggère que ces créations ne porteraient pas d'atteinte aux intérêts économiques des titulaires de droits sur les œuvres utilisées. La Commission a pris soin de distinguer les contenus créés par l'utilisateur, c'est-à-dire les objets conçus par l'utilisateur qui apporte donc une créativité nouvelle à un élément existant, des contenus simplement diffusés qui ne correspondent qu'à la reproduction pure et simple, servile, d'un objet préexistant. Ce dernier cas vise, par exemple, la mise en ligne d'un film ou d'une émission de télévision, sans aucune modification de ceux-ci. La Commission n'a proposé une réflexion que sur la première hypothèse.

décrit ainsi le concept induit comme un vocable employé dans des décisions de justice, mais qui ne figure pas dans un texte législatif et dont les juges eux-mêmes ne définissent pas le sens : pourtant, les juges « procèdent sur la base de ce mot à toute une série de qualifications, c'est-à-dire décident que des objets concrets, donnés dans la réalité, correspondent au mot, donc au concept qu'il est censé désigner, ou au contraire n'y correspondent pas » (C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, n° 5, p. 28). Pour le Professeur Bergel, le concept émergent se dégage du « tissu social », en dehors de toute intervention légale. La pratique est à l'origine de ces concepts nouveaux, même sans texte, puisqu'ils ont pour objectif d'appréhender des réalités nouvelles. Ce faisant, « [c]es innovations suscitent des actions en justice qui finissent pas obliger le juge, avec l'aide de la doctrine, à le définir en droit, et provoquent généralement l'intervention du législateur » (J.-L. Bergel, « À la recherche de concepts émergents en droit », p. 1569). Chronologiquement, le concept émergent précède donc de peu le concept induit puisqu'il est le fait de la pratique, alors que le concept induit se trouve déjà dans les décisions de justice. Nous les utiliserons néanmoins à titre de synonymes puisqu'ils désignent la même réalité, à savoir un concept présent dans la vie juridique, issu de la pratique, qui appréhendent des objets nouveaux dont le législateur ne s'est pas encore saisi.

45. Commission des Communautés européennes, *Livre vert, Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, préc., § 3.4, pp. 18-19.

Sur cette proposition d'exception, v. notamment A. Lucas, H.-J. Lucas, A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, n° 472-473, pp. 421-422 ; M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, préf. M. Vivant, Larcier, 2014, n° 191, pp. 124-125.

46. On rappelle que l'exception est, en droit d'auteur, un tempérament législatif à l'exercice légitime d'un droit. Au terme d'une balance des intérêts, le législateur décide que le monopole d'exploitation de l'auteur peut être écarté, alors qu'il aurait naturellement dû recevoir application, en raison des finalités poursuivies par l'usage de son œuvre par un tiers. V. *infra*, n° 351 s.

11. Les développements issus de la proposition du *Livre vert*. De la consultation lancée par la Commission européenne au travers du *Livre vert*, il est assez rapidement ressorti que la réglementation de telles œuvres « transformatives » était prématurée⁴⁷.

En dépit de ce premier constat, les questions relatives aux contenus « transformatifs » créés par les utilisateurs ont connu un succès grandissant. La Commission a ainsi cherché à plusieurs reprises à approfondir cette problématique⁴⁸. L'appréhension de celle-ci apparaît néanmoins confuse. À titre d'exemple, les réponses à la consultation publique portant sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur⁴⁹, publiées en 2014, ne font apparaître aucun consensus sur l'éventuelle solution qui pourrait être formulée afin de légaliser ces pratiques. De nombreuses interrogations demeurent : faut-il consacrer une nouvelle exception ? Convient-il d'adopter un système de licence ? Quel que soit le système choisi, doit-il prévoir une compensation au bénéfice de l'auteur ? Bien plus, le rôle des intermédiaires techniques de l'Internet et, en particulier, des plateformes d'hébergement des contenus générés par les utilisateurs, se trouve également au centre des réflexions.

La complexité et l'actualité de la question ont été implicitement confirmées par l'impossibilité pour les parties au projet *Licences for Europe* d'atteindre un consensus en la matière⁵⁰. Le sujet récurrent des contenus générés par les utilisateurs a de nouveau été abordé en 2015 dans le cadre de la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁵¹.

47. Commission des Communautés européennes, *Communication sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM(2009) 532 final, 19 oct. 2009, non publié au Journal officiel, § 3.5, pp. 10-11.

48. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix*, COM(2011) 287 final, 24 mai 2011, § 3.3.3., p. 15 ; *Study on the application of directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society (the infosoc directive)*, commandée par la Commission européenne et rédigée par le cabinet De Wolf et le Centre de recherches en Information, Droit et Société (CRIDS) de l'Université de Namur, 2013, spéc. pp. 511-546 ; *Consultation publique sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur*, du 05.12.2013 au 05.03.2014, pt. III. F, questions 58 à 63, pp. 28-30.

49. *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, European Commission, Directorate General Internal Market and Services, Directorate D – Intellectual property D1 – Copyright, juill. 2014, v. questions 58 à 63, pp. 67-71.

50. « *Licences for Europe* » est une initiative née sous l'impulsion de la Commission européenne, <<http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/en>>. Elle a consisté en la réunion de groupes de travail, constitués de représentants de parties intéressées et dotés d'une expérience pratique (titulaires de droits, organismes chargés de l'octroi des licences, utilisateurs commerciaux et non commerciaux de contenus protégés, utilisateurs finaux de l'Internet), chargés de parvenir à des solutions sur un certain nombre de problématiques se posant au niveau des États membres de l'Union européenne, par la voie conventionnelle. Cette initiative a pris forme à partir de la *Communication de la Commission sur le contenu dans le marché unique numérique*, COM(2012) 789 final, 18 déc. 2012, pt. 2. Les discussions ont porté sur plusieurs points, dont l'un intitulé « Contenus générés par les utilisateurs et octroi de licences aux petits utilisateurs de matériel protégé » (*User-generated content working group*, WG2, <<http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/node/5>>). Il ne s'agissait donc pas uniquement d'une réflexion portant sur l'exception pour œuvre transformative. Pour un résumé des conclusions auxquelles ont abouti ces discussions, v. *Licences for Europe - Ten pledges to bring more content online*, disponible en ligne <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113_ten-pledges_en.pdf>.

51. V. notamment le pt. 12 du *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit*

12. Les réflexions dans le cadre national. Logiquement, la réflexion sur les œuvres « transformatives » a essaimé au niveau national. Elle a fait l'objet, en mai 2013, d'une analyse en droit français, au sein du Rapport Lescure⁵². Ces développements ont conduit à proposer une expertise en la matière sous l'égide du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, dans le cadre plus vaste de la révision de la directive 2001/29/CE⁵³. La mission, confiée au Professeur Benabou, a donné lieu à la publication d'un rapport fin 2014⁵⁴.

d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, remis le 20 janvier 2015 à la Commission des affaires juridiques du Parlement européen par l'eurodéputé J. Redda, 2014/2256(INI). Pour une critique virulente, v. F. Pollaud-Dulian, « *Détruire, dit-elle* : le rapport Reda de la Commission juridique du Parlement européen sur le droit d'auteur », *D.* 2015. 639.

Ce rapport a été travaillé par la Commission des affaires juridiques puis déposé le 24 juin 2015 auprès du Parlement européen (le pt. 12 du rapport de janvier 2015 devient le pt. 42 du projet déposé en juin). Il a été adopté en séance plénière le 9 juillet 2015 (résolution du Parlement européen du 9 juillet 2015 sur la mise en œuvre 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, 2014/2256(INI). Les rapports et la résolution sont disponibles en ligne <<http://www.europarl.europa.eu>>.

La Commission européenne a réagi sur ce dernier texte dans un document intitulé « Suite donnée à la résolution du Parlement européen sur la mise en œuvre 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, adoptée par la Commission le 21 octobre 2015 », publié le 1^{er} décembre 2015 et disponible en ligne <[http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2014/2256\(INI\)#tab-0](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2014/2256(INI)#tab-0)>. Elle y note, à propos des usages dérivés, que « [l]a Commission suit l'évolution de pratiques telles que les contenus générés par les utilisateurs, des pratiques et de la transparence des plateformes qui encouragent ces derniers, ainsi que de la disponibilité de solutions, telles que celles en cours d'élaboration par le *UK Copyright Hub* ou *One Click Licences* ».

La Commission a par la suite publié plusieurs propositions le 14 septembre 2016, en vue de moderniser les règles de l'Union européenne sur le droit d'auteur pour favoriser l'essor et la diffusion de la culture européenne. Y figurent notamment une proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016) 593 final) ainsi qu'une communication intitulée « Promouvoir une économie européenne fondée sur le droit d'auteur juste, efficiente et compétitive dans le marché unique numérique » (COM(2016) 592 final). Ces documents ne font référence ni aux contenus générés par les utilisateurs ni à la problématique des usages dérivés. L'accent est porté sur l'amélioration des règles en matière de droit d'auteur dans les domaines de la recherche et de l'éducation notamment et c'est donc dans ces perspectives que sont envisagées de nouvelles exceptions. Il s'agit d'améliorer la diffusion d'œuvres à des fins pédagogiques ainsi que la « fouille », soit l'analyse, d'importants volumes de données, dont des œuvres, à des fins de recherche.

Le fait que les usages transformatifs des œuvres n'aient pas été évoqués en septembre 2016 en dépit de travaux préalables mettant en exergue leur importance peut s'expliquer par le constat que de telles pratiques sont continuellement en évolution et que les instances européennes, tout en suivant ces évolutions, ont souhaité prendre davantage de temps pour les appréhender.

52. *Culture – Acte 2, Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Rapport de la Mission « Acte II de l'exception culturelle », P. Lescure (dir.), mai 2013, La documentation française, tome I, Fiche C-9, pp. 425-432, « La création transformatrice à l'ère numérique ».

53. *Ibid.*, proposition n° 69 : « Expertiser, sous l'égide du CSPLA, une extension de l'exception de citation, en ajoutant une finalité "créative ou transformatrice", dans un cadre non commercial ».

Cette proposition a donné lieu au *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, P. Sirinelli (dir.), A. Bensamoun, C. Pourreau (rapp.), déc. 2014 (réalisé sous l'égide du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique) et au *Rapport de la mission CSPLA sur les "œuvres transformatrices"*, V.-L. Benabou (dir.), F. Langrognet (rapp.), publié en ligne le 24.12.2014.

La même année, une réponse ministérielle a été apportée à la question d'un député, sur ce sujet : question n° 50269, Assemblée Nationale, 14^e législature, *JO* 18.02.2014, p.1519 ; Réponse, *JO* 03.06.2014, p. 4523.

54. *Rapport de la mission CSPLA sur les "œuvres transformatrices"*, V.-L. Benabou (dir.), F. Langrognet (rapp.), préc.

Ce document éclaire de façon bienvenue un certain nombre de points. Déjà, ses auteurs rappellent que la pratique de l'emprunt créatif est ancienne, le numérique n'ayant conduit qu'à un changement d'échelle⁵⁵. Ils soulignent que les contenus créés par les utilisateurs ne se résument pas à la réutilisation créatrice de l'œuvre d'autrui car ils comprennent aussi des contenus qui ne modifient pas l'existant⁵⁶. De plus, tous les contenus créés par les utilisateurs ne constituent pas des œuvres « transformatives » car ils ne présentent pas tous une originalité, critère permettant d'accéder à la protection par le droit d'auteur. Ceci exposé, les auteurs du rapport ont choisi de ne pas limiter leur réflexion à l'opportunité de consacrer une nouvelle exception, mais de l'élargir à une analyse du cadre juridique actuel des pratiques de réutilisation. En partant d'une description de l'existant, ils formulent plusieurs préconisations de diverses natures. La richesse de ces propositions empêche de pouvoir toutes les exposer en introduction. En conséquence, nous y ferons référence au fur et à mesure de nos développements.

Par ailleurs, la question n'est circonscrite ni à la France, ni à l'Union européenne.

13. L'exemple canadien. Le Canada a adopté en 2012 une exception en faveur du « contenu non commercial généré par l'utilisateur »⁵⁷. Elle s'explique par la volonté de prendre en compte les utilisateurs des œuvres et de leur offrir une plus grande liberté d'usage des œuvres d'autrui, dont ils sont les destinataires⁵⁸.

14. Les autres échos étrangers. D'autres États ont montré une sensibilité particulière sur ces thématiques. Celles-ci ont notamment été abordées sous forme de proposition dans un rapport sur la révision des dispositions législatives en matière de droit d'auteur en 2013, en Irlande⁵⁹. Plusieurs commissions nationales de droit d'auteur s'en sont aussi saisies⁶⁰.

15. L'influence américaine. Au demeurant, il convient de mettre le sujet des œuvres « transformatives » en perspective avec la législation fédérale de droit d'auteur aux États-Unis. Celle-ci prévoit en effet que certaines hypothèses d'usages transformatifs d'une œuvre protégée peuvent entrer dans le cadre de l'exception

55. *Ibid.*, p. 7.

56. *Ibid.*, pp. 1-2, 16-17, 25.

57. Art. 29.21 inséré dans la loi canadienne sur le droit d'auteur par la loi sur la modernisation du droit d'auteur (L.C. 2012, ch. 20), adoptée le 29 juin 2012, disponible en ligne <http://lois-laws.justice.gc.ca/fra/LoisAnnuelles/2012_20/page-1.html>. V. *infra*, n° 516.

58. V. notamment V. Nabhan, « Canada, prise en compte par la loi des nouveaux usages et consécration par la jurisprudence d'un droit à l'exception en faveur de l'utilisateur », *RLDI* 2013/supp.94, n° 3142, spéc. pp. 36-38 ; Y. Gendreau, « La réforme de la loi canadienne sur le droit d'auteur : dans l'esprit du temps ? », *RIDA* 2014, n° 239, pp. 189-259, spéc. p. 235.

59. *Modernising Copyright*, Report of the Copyright Review Committee for the Department of Jobs, Enterprise and Innovation, Dublin, 2013, disponible en ligne <http://www.djei.ie/science/ipr/crc_index.htm>.

Ce rapport émet des propositions de modifications législatives sous forme d'amendements à la loi irlandaise sur le droit d'auteur de 2000 (*Copyright and Related Rights Act*, 2000). Il est notamment conseillé de modifier la section 106 de la loi, en insérant un paragraphe 106 D. consacré au « *non-commercial user-generated content* » (explications de la proposition p. 63 du rapport et formulation de la proposition, pp. 123-124). Cette proposition est explicitement rattachée à l'exemple canadien.

60. V. les exemples cités dans *Culture – Acte 2, Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Rapport de la Mission « Acte II de l'exception culturelle », P. Lescure (dir.), préc., tome I, Fiche C-9, spéc. pp. 430-431.

de *fair use*⁶¹. Concrètement, la transformation de l'œuvre d'autrui par un tiers peut, sous certaines conditions, être prise en compte afin d'écarter l'application du droit d'auteur. La Cour suprême en a posé les premiers jalons dans une décision de 1994⁶², emblématique du *fair use* dit « transformatif ». Afin de bénéficier de l'exception de *fair use*, l'œuvre « transformative » – *transformative work* –, nouvellement créée, doit poursuivre un objectif particulier, distinct de celui poursuivi par l'auteur de l'œuvre originelle. En droit américain, l'œuvre « transformative » doit ainsi modifier l'œuvre originelle par une expression différente, un nouveau message ou un nouveau sens⁶³.

En outre, la tendance jurisprudentielle actuelle démontre une extension de l'application de cette exception de *fair use* transformatif⁶⁴. Renforçant ce mouvement, une certaine doctrine appelle activement de ses vœux l'application du *fair use* aux pratiques de création réalisées par les destinataires des œuvres. Déjà, le Professeur Tushnet revendiquait en 1998 cette application aux pratiques de *fanfictions*⁶⁵. Les réflexions n'ont depuis lors cessé de prendre de l'ampleur et dépassent le seul cadre de la création en ligne⁶⁶. C'est la raison pour laquelle ces analyses de la doctrine nord-américaine seront régulièrement appelées à nourrir notre réflexion.

16. Les conditions d'existence d'un concept induit. Au terme de cet exposé des sources de l'œuvre « transformative », peut-on conclure à sa qualité de concept induit, ou de concept émergent ? Eisenmann subordonne la possibilité que le juriste puisse dégager ce que recouvre un « concept induit » à deux conditions : d'une part, la source ayant créé ce concept nouveau doit avoir *a minima* justifié pourquoi elle a relié certains objets concrets audit concept et, d'autre part, ces éléments de justification doivent être les mêmes pour tous les objets

61. Le *fair use* est exposé au § 107 du titre 17 du U.S.C. (United States Code), issu du *Copyright Act* de 1976 : *Pub. L.* 94-553 (Oct. 19, 1976), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1978.

62. *Campbell v. Acuff Rose Music Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

63. « *the enquiry focuses on whether the new work merely supersedes the objects of the original creation, or whether and to what extent it is "transformative," altering the original with new expression, meaning, or message* ».

64. J. C. Ginsburg, « *Letter form the US, part II: exclusive rights, exceptions and uncertain compliance with international norms* », *RIDA* 2014, n° 242, pp. 175-279, spéc. p. 185.

65. R. Tushnet, « *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law* », 17 *Loy. L.A. Ent. L. Rev.* 651 (1997). V. *infra*, n° 48, 338 s. et 503.

66. L'exhaustivité est utopique en la matière. Au demeurant, cette thèse n'a pas vocation à être un travail de droit comparé. La liste qui suit, subjective, mentionne les sources qui nous ont particulièrement aidées dans notre réflexion :

L. Lessig, *Remix, Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Penguin book, 2008.

L. A. Heyman, « *Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response* », 31 *Colum. J.L. & Arts* 445-466 (2008) ; D. Gervais, « *The tangled web of UGC: making copyright sens of user-generated content* », 11 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 841-869 (2009) ; William M. Landes, « *Copyright, borrowed images and appropriation art: an economic approach* », in Towse Ruth (dir.), *Copyright in the cultural industries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2002, pp. 8-31 ; J. Litman, « *Creative Reading* », *Law & Contemp. Probs.* 70, no. 2 (2007) : 175-183 ; « *Lawful Personal Use* », *Tex. L. Rev.* 85, no. 7 (2007) : 1871-1920 (Symposium : Frontiers of Intellectual Property) ; R. L. Tushnet : « *Attention Must Be Paid: Commercial Speech, User-Generated Ads, and the Challenge of Regulation* », 58 *Buff. L. Rev.* 721-793 (2010) ; « *Hybrid Vigor: Mashups, Cyborgs, and Other Necessary Monsters* », 6 *J. L. & Pol'y for Info. Soc'y* 1-12 (2010) ; « *I Put You There: User-Generated Content and Anticircumvention* », 12 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 889-945 (2010) ; « *User-Generated Discontent: Transformation in Practice* », 31 *Colum. J.L. & Arts* 497-516 (2008) ; « *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It* », 37 *Intell. Prop. L. Rev.* 333-388 (2005).

considérés⁶⁷. Or les différentes sources ayant eu recours au concept d'œuvre « transformative », à défaut d'en formuler une définition, n'y attachent pas les mêmes objets concrets. Le tracé de l'évolution de l'usage de ce terme dans divers documents démontre qu'il a été instrumentalisé, c'est-à-dire utilisé à diverses fins.

17. L'absence de cohérence du concept d'œuvre « transformative ». L'étude de l'usage du concept d'œuvre « transformative » démontre en effet qu'il n'est jamais justifié, et ce, alors même qu'il était auparavant inconnu en droit. La première proposition ayant évoqué les œuvres « transformatives » est celle formulée dans le cadre du *Livre vert* portant sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance⁶⁸. Pourtant, la Commission ne donne aucune information sur ce que peuvent recouvrir ces termes. Bien plus, elle les associe à d'autres termes, comme s'il s'agissait de synonymes. On trouve ainsi mention des « œuvres transformatives », mais aussi de « contenu transformatif », de l'« utilisation transformative », et des « œuvres nouvelles ou dérivées ». À l'issue des développements, la question posée est celle de savoir s'il faut « introduire dans la directive une exception pour le contenu créé par l'utilisateur »⁶⁹. En cela, les œuvres « transformatives » et autres termes associés semblent synonymes de ces fameux contenus générés par les utilisateurs. Ces derniers sont eux-mêmes définis par renvoi aux développements que l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (ci-après OCDE) leur avait consacrés⁷⁰ et leurs contours paraissent dès lors teintés de flou.

Ces constats sont confirmés par la position de la Commission suite à ce *Livre vert*⁷¹. Le document évoque alors « l'opportunité de créer une nouvelle exception en faveur des “œuvres créatives, transformatives ou dérivées” » tout en soulignant la difficulté de définir les contenus générés par les utilisateurs en raison du caractère récent du phénomène. Enfin, dans une consultation lancée en 2013, la Commission ne reprend plus le terme d'œuvre « transformative » et se contente de viser les contenus générés par les utilisateurs avec un peu plus de précision que précédemment sur ce qu'ils recouvrent. Mais à aucun moment elle ne définit exactement ces termes, pas plus qu'elle ne s'explique sur l'évolution de la terminologie.

Aussi peut-on conclure à l'absence de cohérence ou, au moins, à l'absence de définition claire, lors du recours, par la Commission, au concept d'œuvre « transformative ».

18. L'œuvre « transformative », un anglicisme. Pourquoi la Commission a-t-elle donc employé le concept d'œuvre « transformative » en 2008 ? Les développements du *Livre vert* sur ce point renvoient d'abord au rapport de l'OCDE sur l'Internet

67. C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, n° 5, p. 28. V. aussi J.-L. Bergel, « À la recherche de concepts émergents en droit », *op. cit.*, spéc. p. 1571, qui souligne que le concept émergent suppose qu'il revête les qualités permettant de le conceptualiser.

68. Commission des Communautés européennes, *Livre vert, Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, préc., § 3.4, pp. 18-19.

69. *Ibid.*, question 25, p. 19.

70. *Internet participatif : contenu créé par l'utilisateur*, OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Économiques), direction de la science, de la technologie et de l'industrie, comité de la politique de l'information, de l'informatique et des communications, groupe de travail sur l'économie de l'information, 28 juin 2007, DSTI/ICCP/IE(2006)7/final, pp. 9-10.

71. Commission des Communautés européennes, *Communication sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, préc., § 3.5, pp. 10-11.

participatif. Néanmoins, cette institution n'avait pas évoqué les œuvres « transformatives ». L'objet de son étude était de circonscrire les contenus créés par les utilisateurs et de susciter la réflexion sur ces « sources non professionnelles et nouvelles de créativité », aussi désignées sous le terme d'« œuvres dérivée[s] »⁷².

En réalité, la raison du recours au concept d'œuvre « transformative » se comprend par la seconde référence du *Livre vert*, qui fait état du Rapport Gowers⁷³. Parmi les propositions formulées dans ce rapport figurait notamment celle de réfléchir à l'introduction d'une exception propre aux « œuvres créative[s], transformative[s] ou dérivée[s] »⁷⁴. Néanmoins, il n'est aucunement question d'une exception propre aux contenus générés par les utilisateurs, qui ne sont pas même évoqués. L'idée proposée consistait en la transposition d'une exception sur le modèle du *fair use* transformatif, connu en droit américain⁷⁵. Les pratiques visées n'étaient donc pas limitées à la création en ligne, ou à la création « non professionnelle ». Le rapport mentionne d'ailleurs à titre d'exemple principal les pratiques de *sampling*⁷⁶.

En conséquence, le concept d'œuvre « transformative » introduit par la Commission, apparaît bien être un anglicisme des « *transformative works* », issues du droit américain⁷⁷. Néanmoins, la Commission ne l'emploie pas afin de désigner les objets qui sont généralement considérés comme tels par ce droit. Elle détourne subtilement le concept tel qu'il existe en droit américain pour le faire fonctionner dans le contexte différent des contenus générés par les utilisateurs. Or, si le *fair use* transformatif a peut-être vocation à s'appliquer à certains contenus générés par les utilisateurs, ce n'est là ni sa vocation première, ni sa seule application possible.

19. Un concept instrumentalisé. L'impression se dégage que, au travers du recours au concept non défini d'œuvre « transformative », l'objectif n'est pas

72. *Internet participatif : contenu créé par l'utilisateur*, OCDE, préc., p. 57.

73. *Gowers Review of Intellectual Property*, déc. 2006, disponible en ligne <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk>>. Le *Rapport Gowers* a été commandé par le ministre des Finances anglais, Monsieur Brown, à Monsieur Gowers, dans la perspective d'une réforme du système anglais de propriété intellectuelle. Il a été publié le 6 décembre 2006.

74. *Ibid.*, § 4.85-4.88, pp. 66-68, spéc. § 4.88 (recommandation 11 : création d'une exception en faveur des « *creative, transformative or derivative works* », dans le respect du test en trois étapes).

75. *V. supra*, n° 15.

76. Le *sampling* ou échantillonnage consiste à créer des œuvres musicales en utilisant des extraits issus d'enregistrements sonores préexistants : ces extraits peuvent être mis à la suite ou répétés en boucle. *V. infra*, n° 229.

Cette exception n'a visiblement pas fait l'unanimité puisque, dans les consultations ouvertes par le Bureau de la Propriété intellectuelle (*UK Intellectual Property Office* – organisme gouvernemental –) à la suite de ce rapport, celle-ci n'y figure pas. La première consultation, lancée en 2007, est intitulée « *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property ; Proposed Changes to Copyright Exceptions* ». À la suite des réponses apportées à ce premier volet de consultation, une seconde a été mise en place en 2010, intitulée « *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property ; Second Stage Consultation on Copyright Exceptions* ». Ces deux documents sont disponibles en ligne <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk>>.

Au final, la loi anglaise sur le droit d'auteur – *the Copyright, Designs and patents Act*, 1988 – a été modifiée par plusieurs lois en 2014. Plusieurs exceptions ont ainsi été introduites, en application de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (*JOUE* L 167 du 22 juin 2001, pp. 10-19) par des lois du 1^{er} juin et du 1^{er} octobre 2014, dont une exception de parodie, pastiche et caricature.

77. En ce sens, v. *Rapport de la mission CSPLA sur les "œuvres transformatives"*, V.-L. Benabou (dir.), F. Langrogné (rapp.), préc., p. 13. Rapp. A. Lucas, H.-J. Lucas, A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, n° 472, p. 421 : « la détestable terminologie utilisée (sans guillemets) par la Commission ».

d'identifier une éventuelle catégorie d'objets ou d'usages qui pourraient justifier une exception au droit d'auteur. En vérité, il s'agit de parvenir à la protection d'une catégorie particulière d'usagers en raison de leur qualité et de la nature des médias sur lesquels ils diffusent leurs créations. À cet égard, le recours régulier à la notion générale de « consommateur » est instrumentalisé afin de parvenir à une exception propre aux seuls usages en ligne⁷⁸.

La conclusion suivante peut être formulée à partir de ces observations. Le concept induit ou émergent d'œuvre « transformative » utilisé par la Commission européenne – repris, bien que de manière différente, par le Rapport Lescure⁷⁹ – n'est pas pertinent. Il est impossible à appréhender par le droit, car aucune justification n'est donnée à son usage. Et, surtout, aucune explication n'est explicitement formulée pour justifier le lien entre ce concept et les objets concrets qui lui sont rattachés : les contenus générés par les utilisateurs. Au demeurant, les diverses sources qui font référence à ce concept n'en adoptent pas la même approche.

Aussi, le recours à ce concept brouille les pistes. Il aboutit à occulter plusieurs questions qu'il convient de bien dissocier, sous peine d'avoir une approche partielle et orientée de problématiques distinctes.

Deux problématiques se côtoient : d'une part, une problématique très spécifique liée à la nature, à l'étendue et aux incidences des contenus créés ou générés par les utilisateurs. D'autre part, une problématique plus générale ayant trait à la réception et au régime des emprunts créatifs à l'œuvre d'autrui. Il faut donc distinguer la spécificité des enjeux liés aux contenus créés ou générés par les utilisateurs de la mise à l'épreuve des équilibres entre droit d'auteur et liberté de création par les emprunts créatifs à l'œuvre d'autrui.

20. Première problématique. En premier lieu, se pose la question des contenus générés par les utilisateurs. Il a précédemment été mis en lumière que de très nombreuses données diffusées par l'utilisateur à l'aide des outils et services disponibles en ligne pourraient recevoir cette qualification. L'évolution des technologies et des usages rend encore plus complexe la construction d'une définition. Néanmoins, les différentes instances qui se sont emparées du phénomène convergent vers une approche restreinte et orientée. L'objectif semble de n'y admettre que les contenus susceptibles d'entraîner des problématiques juridiques⁸⁰. Seuls les éléments créés qui, d'un côté, ont été diffusés afin d'atteindre un public et, d'un autre côté, sont marqués par l'« effort créatif » fourni par leur

78. Rappr. C. Caron, « Le consommateur et le droit d'auteur », in *Études de droit de la consommation, liber amicorum*, Dalloz, 2004, pp. 245-260, spéc. p. 257 : « le consumérisme est souvent instrumentalisé pour servir d'autres intérêts ».

79. *Culture – Acte 2, Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Rapport de la Mission « Acte II de l'exception culturelle », P. Lescure (dir.), préc., tome I, Fiche C-9, pp. 425-432. Ce rapport, qui reprend la terminologie d'œuvre « transformative », en adopte une approche moins détournée car plus proche de celle du *Rapport Gowers*, préc. Les œuvres transformatives ne sont au demeurant pas limitées aux contenus générés par les utilisateurs, mais elles prennent quand même leur distance avec les « *transformative works* » du droit américain auxquelles le rapport ne fait aucune référence.

80. *Internet participatif : contenu créé par l'utilisateur*, OCDE, préc., p. 8 : « Ces utilisateurs plus actifs, les consommateurs et une innovation centrée autour des utilisateurs ont des répercussions de plus en plus importantes sur l'économie. Les nouvelles formes de création et de distribution par les utilisateurs sont à l'origine de nouveaux modèles économiques, créent des enjeux en matière d'accès au contenu, et commencent à contourner les médias en place et les autres secteurs d'activité, à s'interconnecter avec eux, et à leur ouvrir de nouvelles perspectives ».

auteur, ont un intérêt économique, et donc juridique. C'est la raison pour laquelle certains contenus sont explicitement écartés par les diverses instances ayant réfléchi à la question, comme par exemple les échanges privés entre deux personnes *via* leur messagerie puisqu'ils ne sont pas diffusés vers un public. En outre, les contenus qui ne constituent que la copie d'un objet de droits préexistant, comme la reproduction et la diffusion d'une vidéo protégée en ligne, ou bien qui sont purement originaux, c'est-à-dire qui ne reproduisent pas l'originalité de l'œuvre d'autrui, ne sont pas au cœur des débats, car les règles de droit apportent une réponse claire : soit ils constituent un acte de contrefaçon, soit ils deviennent objets de droit d'auteur.

Partant, si les contenus *générés* par les utilisateurs recouvrent des réalités diverses, la réflexion amorcée à leur sujet par plusieurs instances et leur reconnaissance officielle dans certains États ont été centrées sur les seuls objets qui sont porteurs d'enjeux⁸¹, que l'on peut désigner comme les contenus *créés* par les utilisateurs. La réflexion mérite d'être portée sur ces objets nouveaux, créés en utilisant tout ou partie de l'œuvre d'autrui, et diffusés par l'utilisateur en ligne.

La question sous jacente est alors celle de savoir s'il faut concevoir une réponse spécifique aux modes de création et de diffusion numériques, propres au *web 2.0*. Cette interrogation est récurrente depuis l'apparition des nouvelles techniques⁸². Cependant, on peut d'ores et déjà souligner l'absence de raison évidente justifiant un aménagement exclusif aux créations par appropriation de l'œuvre d'autrui sur l'Internet. Pourquoi l'internaute réalisant un *mash-up*⁸³ bénéficierait-il d'une exception dont serait *de facto* exclus des artistes qui créent en s'appropriant l'œuvre d'autrui, en dehors du monde numérique ? En outre, les hypothèses dans lesquelles la frontière ne sera pas évidente se multiplieront dans les années à venir. *Quid* d'un artiste comme Richard Prince qui, dans le cadre de la conception de ses œuvres, utilise des photographies réalisées par des tiers et diffusées sur le réseau Instagram⁸⁴ ? Richard Prince est bien utilisateur d'Instagram, mais il a

81. Rappr. de la classification proposée par D. Gervais « *The tangled web of UGC : making copyright sens of user-generated content* », 11 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 841-869 (2009), spéc. p. 858 qui distingue les « *user-authored content* », les « *user-derived content* » et les « *user-copies content* », la seconde catégorie étant la plus complexe en termes de droit d'auteur. V. aussi *Study on the application of directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society (the infosoc directive)*, préc., spéc. pp. 452-452.

82. V. J. Corbet, « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ? », *RIDA* 1991, n° 148, pp. 59-101 ; P. Sirinelli, « Le droit d'auteur à l'aube du III^e millénaire », *JCP G* 2000, I, 194 ; M.-A. Chardeaux, « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *Comm. com. électr.* 2011, étude 10, spéc. n° 6, p. 15 (démontrant qu'elles ne sont jamais nouvelles dans l'absolu). V. déjà *Industries culturelles et nouvelles techniques*, Rapport au ministre de la Culture et de la Francophonie de la commission présidée par P. Sirinelli, La Documentation française, 1994.

83. Le *mash-up* ou collage est l'« assemblage, au moyen d'outils numériques, d'éléments visuels ou sonores provenant de différentes sources » selon le vocabulaire de la culture et de la communication, Commission générale de terminologie et de néologie, NOR CTNX1016619K, *JO* 22 juill. 2010, pp. 13542-13544, v° « collage », I.2. Équivalent étranger : *bootleg* (collage musical), *mash-up*, *mashup*. V. *infra*, n° 47.

84. Instagram est une application pour téléphones mobiles offrant un service de partage de photographies et de vidéos. L'utilisateur peut ainsi, après avoir pris une photographie ou une vidéo avec son téléphone, la modifier et la travailler grâce aux outils mis à sa disposition sur la plateforme, puis la partager avec un groupe de personnes choisies par lui. Des commentaires peuvent ensuite être formulés et partagés par les utilisateurs. De nouvelles fonctionnalités sont régulièrement mises à disposition des utilisateurs, permettant par exemple de réaliser certains effets spéciaux (*time-lapse*).