sui generis

RIVÉE
ÉRIQUE

L'œuvre dérivée à l'ère numérique
Mise en perspective comparative du droit d'auteur suisse

Honor Felisberto

Notes sur la version numérique de ce livre :

— La version numérique (Open Access) est disponible sur le site de la maison d'édition (www.suigeneris-verlag.ch), sur Google Books et directement via le Digital Object Identifier (DOI). Le DOI de ce livre est indiqué dans les mentions légales.
— Tous les articles juridiques ainsi que tous les arrêts de tribunaux et les décisions de l'autorité librement accessibles sont liés dans la version numérique.
— Les auteurs utilisent souvent des liens vers d'autres sources dans leurs manuscrits. Ceux-ci ne sont pas imprimés dans les livres mais sont inclus sous forme d'hyperliens dans la version digitale.
— Les liens permanents sont utilisés pour créer des liens. Il s'agit de liens vers une version archivée des pages web au moment de l'établissement du lien. Les liens sont persistants, c'est-à-dire qu'ils fonctionnent toujours même si la page d'origine n'est plus accessible et leur contenu ne change pas si la page d'origine change.

Honor Felisberto

L'œuvre dérivée à l'ère numérique

Mise en perspective comparative du droit d'auteur suisse

sui generis, Zurich 2026

« Le monde de l'art n'est pas celui de l'immortalité,
c'est celui de la métamorphose. »
ANDRÉ MALRAUX, Antimémoire

À mes parents

Remerciements

Il m'est difficile de croire qu'il est enfin temps de rédiger ces dernières lignes de remerciement. La période du doctorat possède ce pouvoir singulier d'étirer le temps – la lumière au bout du tunnel semblant lointaine par moments – et de le précipiter soudain, au point que l'on se surprend, une fois le travail achevé, à se demander où se sont envolées ces années de recherche. De cette aventure, je ne retiens pourtant que le meilleur : chaque échange, chaque lecture, chaque heure consacrée à l'écriture m'a apporté un plaisir sincère. C'est avec une profonde gratitude que je me tourne à présent vers celles et ceux qui ont contribué, de près ou de loin, à l'aboutissement de cet ouvrage, et à qui je souhaite rendre hommage.

Je me dois de commencer par le début, soit le moment où le Professeur Philippe Gilliéron a accepté de m'accompagner en qualité de directeur de thèse. Depuis ce jour, il n'a jamais failli à ce rôle. Je lui suis profondément reconnaissante pour la confiance et la bienveillance qu'il m'a témoignées, ainsi que pour ses conseils avisés et ses encouragements constants. Le Professeur Philippe Gilliéron ne s'est pas contenté de suivre l'avancement de ma recherche ; il m'a également ouvert l'accès à de nombreuses opportunités, tant dans le monde académique qu'au-delà. Il ne fait aucun doute que ces expériences ont joué un rôle déterminant dans mon développement professionnel et personnel au fil des années.

J'aimerais aussi mentionner celles et ceux qui m'attendaient à la ligne d'arrivée, à savoir les autres membres du jury de thèse. Je remercie très sincèrement le Professeur Ivan Cherpillod, le Professeur Yaniv Benhamou, la Professeure Aurelia Tamò-Larrieux ainsi que la Professeure Camille Perrier Depeursinge pour leur participation à la soutenance, leur relecture attentive et la richesse de leurs retours.

Merci également à l'Université de Lausanne et à l'Institut suisse de droit comparé, qui m'ont mis à disposition les ressources nécessaires pour réaliser ce travail dans les meilleures conditions possibles.

Je me dois à présent d'adresser un message aux autres personnes qui étaient à mes côtés tout au long de ce parcours.

Tout d'abord, un immense merci à mes collègues, qui ont su illuminer mon quotidien. Que ce soit avec mon équipe du Centre de droit pénal ou avec mes autres camarades de l'Internef, chaque moment de rire et de complicité passé en leur compagnie a été une véritable bouffée d'air frais au milieu des heures de travail. Je tiens à exprimer une gratitude particulière à Laura et Pauline, pour m'avoir prise sous leur aile lors mon arrivée au Centre de droit

pénal et m'avoir offert leur amitié et leur bienveillance, ainsi qu'à Anastasia, Odile, Alexandre, Daniela, Margaux, Maïté, Enzo, Raphaël et toutes les autres personnes qui, à un moment ou à un autre, ont pris le temps de m'écouter, de me guider et de me rassurer dans les moments de difficulté. Ces gestes ont compté plus que je ne saurais le dire et ont été essentiels à ma progression.

Ma reconnaissance va également à la Professeure Tanya Aplin, qui m'a accueillie au King's College London lors de mon séjour de recherche au sein de cette institution et qui m'a généreusement donné accès à de nombreuses ressources et connexions, en plus de ses propres conseils, encouragements et observations pertinentes.

Bien évidemment, la finalisation de ce doctorat aurait été bien plus pénible sans l'aide de mes proches. Merci tout spécialement à Chloé, Julia, Céline, Anouck, Alice, Laïla, Diane, Nuria, Lena et Romaine, dont la présence attentive et bienveillante a constitué une force inestimable tout au long de cette thèse. Elles ont su trouver les mots justes pour m'encourager, me donner le sourire et apaiser mes doutes lorsque la pression se faisait sentir.

Je tiens également à remercier mon partenaire, Killian, dont le soutien indéfectible a accompagné toutes les étapes les plus importantes de ce travail. Par sa présence réconfortante, sa confiance absolue en mes capacités et sa force tranquille, il m'a offert un ancrage précieux et une source essentielle d'énergie et d'équilibre.

Finalement, je souhaite exprimer toute ma gratitude à mes parents, Jorge Felisberto et Zdenia Salek Felisberto, sans qui aucun de mes projets n'aurait jamais vu le jour. Leur confiance inébranlable et leur soutien constant ont guidé chacun de mes pas. Mes parents m'ont toujours encouragée dans mes choix, même les plus ambitieux, et n'ont jamais cessé de croire en ma capacité à mener à bien ce doctorat. Ma maman, en particulier, m'a toujours rappelé qu'il fallait viser la lune pour retomber dans les étoiles, une phrase qui m'a accompagnée tout au long de ce parcours et qui a souvent ravivé ma détermination. Leur patience et leur foi profonde en mes rêves ont été de véritables piliers, et je leur dédie avec une immense reconnaissance cette réussite qui est aussi la leur.

À toutes et à tous, avec ma plus grande tendresse, je vous remercie du fond du cœur.

Lausanne, le 28 novembre 2025
Honor Felisberto

Sommaire

Remerciements VII
Sommaire IX
Table des matières XI
Table des abréviations et des locutions latines XVII
Table des notions XXI
Table des lois citées XXIII
Table des arrêts cités XXV
Bibliographie XXIX

Avant-propos 1

Introduction 3

Chapitre 1 : Objet et étendue de la recherche 3
Chapitre 2 : Structure de la recherche 4

Première Partie : L'œuvre dérivée à l'ère analogique 7

Chapitre 1 : La notion d'œuvre dérivée à l'ère analogique : approche européenne 9
Chapitre 2 : Harmonisation du droit d'auteur au niveau international et européen 39
Chapitre 3 : La notion d'œuvre dérivée à l'ère analogique : approche américaine 51
Chapitre 4 : Analyse comparative des deux approches 64

Deuxième partie : L'œuvre dérivée à l'ère numérique 91

Chapitre 1 : État de la situation 93
Chapitre 2 : De la naissance du Web à sa version 3.0 99

Troisième partie : L'avenir de l'œuvre dérivée 171

Chapitre 1 : La favorisation de l'innovation et de la culture 173
Chapitre 2 : Vers une protection inspirée des systèmes étrangers ? 177

Conclusion **183**

Chapitre 1 : Rappel de la problématique et spécificités de notre démarche **183**
Chapitre 2 : Mise en perspective des intérêts en cause **187**
Chapitre 3 : Discussions futures **188**

Table des matières

Remerciements ..... **VII**
Sommaire ..... **IX**
Table des matières ..... **XI**
Table des abréviations et des locutions latines ..... **XVII**
Table des notions ..... **XXI**
Table des lois citées ..... **XXIII**
Table des arrêts cités ..... **XXV**
Bibliographie ..... **XXIX**
Monographies et manuels ..... **XXIX**
Articles de revues ..... **XXXVII**
Ressources électroniques ..... **XXXIX**
Documents officiels ..... **XLVII**
Ressources audiovisuelles ..... **XLIX**

Avant-propos **1**

Introduction **3**

Chapitre 1 : Objet et étendue de la recherche **3**
Chapitre 2 : Structure de la recherche **4**

Première Partie : L'œuvre dérivée à l'ère analogique **7**

Chapitre 1 : La notion d'œuvre dérivée à l'ère analogique : approche européenne **9**
I. Le paradigme européen du droit d'auteur **9**
A. La valeur du droit moral **9**
B. Les enjeux en lien avec l'œuvre dérivée **13**
II. Le droit d'auteur suisse **14**
A. Terminologie **14**
1. L'œuvre protégée **14**
a. La notion d'œuvre protégée **14**
b. Les prérogatives étendues de l'auteur **15**
c. La place du droit moral **15**
2. L'œuvre dérivée **16**
a. La notion d'œuvre dérivée **16**

b. La nécessité d'une autorisation ... 17
c. Le système d'exceptions ... 18
i) Généralités ... 18
ii) La parodie ... 19
B. Bilan ... 21
III. Le droit d'auteur français ... 21
A. Les règles applicables à l'œuvre dérivée ... 21
1. La notion d'œuvre dérivée ... 21
2. Les droits exclusifs de l'auteur ... 22
3. Le système d'exceptions ... 23
B. La place du droit moral ... 23
1. Généralités ... 23
2. Le système dualiste ... 24
3. L'impact sur l'œuvre dérivée ... 25
IV. Le droit d'auteur allemand ... 25
A. Les règles applicables à l'œuvre dérivée ... 25
1. Généralités ... 25
2. Le système d'exceptions ... 26
B. La place du droit moral ... 27
1. Généralités ... 27
2. Le système moniste ... 28
3. L'impact sur l'œuvre dérivée ... 28
V. Le droit d'auteur belge ... 29
A. Les règles applicables à l'œuvre dérivée ... 29
1. Généralités ... 29
2. Le système d'exceptions ... 29
B. La place du droit moral ... 30
1. Généralités ... 30
2. L'impact sur l'œuvre dérivée ... 30
VI. Le droit d'auteur anglais ... 31
A. Les règles applicables à l'œuvre dérivée ... 31
1. Le *« copyright »* anglais ... 31
a. Les systèmes de « common law » et de « civil law » ... 31
b. La notion de « fair dealing » ... 32
2. L'œuvre dérivée sous l'empire du *« copyright »* anglais ... 34
B. La place du droit moral ... 35
1. Généralités ... 35
2. L'impact sur l'œuvre dérivée ... 37
C. Le *« copyright »* : un système hybride ... 38
VII. Bilan ... 38

Chapitre 2 : Harmonisation du droit d'auteur au niveau international et européen **39**
I. La Convention de Berne de 1886 ..... **39**
A. Généralités **39**
B. L'œuvre dérivée dans la Convention de Berne **40**
II. La Directive 2001/29/CE **41**
A. Généralités **41**
B. Le test en trois étapes (« *three-step test* ») **43**
1. Généralités **43**
2. Rôle et enjeux du test **45**
3. Le « *three-step test* » : cousin du « *fair use* » et du « *fair dealing* » **48**
III. Bilan **49**

Chapitre 3 : La notion d'œuvre dérivée à l'ère analogique : approche américaine **51**
I. Le paradigme américain du droit d'auteur **51**
A. Le « *copyright* » américain **51**
1. Généralités **51**
2. Le rôle prépondérant des droits patrimoniaux **52**
B. Les enjeux en lien avec l'œuvre dérivée **54**
1. Généralités **54**
2. La notion de « *fair use* » **55**
a. Origine et définition **55**
b. Les facteurs déterminants quant à l'usage loyal d'une œuvre **57**
i) Le but et le caractère de l'usage **57**
ii) La nature de l'œuvre protégée **59**
iii) Le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée **59**
iv) L'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur **60**
c. Le « fair use » : un outil plus flexible mais trop imprévisible ? **61**
II. Bilan **62**

Chapitre 4 : Analyse comparative des deux approches **64**
I. Conclusion intermédiaire **64**
A. Divergence des approches européenne et américaine **64**
B. Influence réciproque des approches américaine et européenne **65**

1. Du droit d'auteur dans le « *copyright* » ... 65
2. Du « *copyright* » dans le droit d'auteur ... 66
II. Enjeux principaux ... 66
A. Avantages et inconvénients respectifs ... 66
B. Remise en question liée à l'ère numérique ... 67
III. Réticence face au système « ouvert » ... 70
A. La notion de « *fair use* » : une menace pour le droit d'auteur européen ? ... 70
1. Rappel et généralités ... 70
2. Les considérations du Rapport de la mission sur la révision de la Directive 2001/29/CE ... 70
B. Un exemple concret : les œuvres « transformatives » ... 74
1. Définition et jurisprudences ... 74
2. Sous la perspective du paradigme européen ... 78
3. Les œuvres transformatives en tant qu'œuvres « ouvertes » ... 80
4. La « transformabilité » des œuvres numériques ... 81
IV. Bilan ... 86

Deuxième partie : L'œuvre dérivée à l'ère numérique ... 91

Chapitre 1 : État de la situation ... 93
I. Le droit d'auteur à l'ère numérique ... 93
II. La nature des œuvres numérisées ... 96
A. En général ... 96
B. Les œuvres dérivées numérisées ... 97
C. Les œuvres dérivées nées dans l'environnement numérique ... 98

Chapitre 2 : De la naissance du Web à sa version 3.0 ... 99
I. L'évolution des outils virtuels au regard du droit d'auteur ... 99
A. Web 1.0 ... 99
1. Généralités ... 99
2. Les hyperliens ... 100
a. Définition ... 100
b. Violation possible des droits d'auteur ? ... 100
c. Justification des atteintes aux droits d'auteur ... 103
B. Web 2.0 ... 103
1. Généralités ... 103
2. Le « *Text and Data Mining* » (TDM) ... 104
a. Définition ... 104

b. Violation possible des droits d'auteur ? ... **105**
c. Quid d'une exception plus souple ? ... **108**
3. Les *« User-Generated Contents »* (UGCs) ... **110**
C. Web 3.0 et IAGen ... **112**
1. Généralités ... **112**
2. L'intelligence artificielle générative (IAGen) ... **113**
a. Définition ... **113**
b. Les enjeux en lien avec le droit d'auteur ... **115**
i) Généralités ... **115**
ii) L'utilisation des données d'entraînement (« input ») ... **117**
iii) Les œuvres générées par IAGen (« output ») ... **120**
(1) Des potentielles œuvres dérivées ... **120**
(2) La paternité de l'œuvre ... **123**
c. Justification ou atténuation des atteintes au droit d'auteur ... **134**
i) Le « fair use » face à l'IAGen ... **134**
ii) Les instruments juridiques européens face à l'IAGen ... **137**
iii) Solutions alternatives ... **137**
d. Synthèse ... **144**
3. « Metaverse » ... **145**
a. Définition ... **145**
b. Les enjeux en lien avec le droit d'auteur ... **147**
c. Les « Non Fungible Tokens » (NFTs) ... **148**
i) Définition et fonctionnement technique ... **148**
ii) Les enjeux en lien avec le droit d'auteur ... **150**
iii) Des œuvres dérivées digitalisées ? ... **155**
d. Synthèse ... **157**
II. L'évolution du droit d'auteur au regard des outils virtuels ... **158**
A. Généralités ... **158**
B. Le cas de l'imitation du style dans l'IAGen ... **158**
1. La notion de style ... **158**
2. Le contexte particulier des systèmes d'IAGen ... **161**
3. Violation potentielle des droits d'auteur par la reprise du style dans le contexte de l'IAGen ? ... **164**
III. Bilan ... **168**

Troisième partie : L'avenir de l'œuvre dérivée **171**

Chapitre 1 : La favorisation de l'innovation et de la culture **173**
I. L'équilibre des intérêts intrinsèques à l'œuvre dérivée **173**
II. Un équilibre en évolution **174**

Chapitre 2 : Vers une protection inspirée des systèmes étrangers ? ... **177**

Conclusion **183**

Chapitre 1 : Rappel de la problématique et spécificités de notre démarche **183**

Chapitre 2 : Mise en perspective des intérêts en cause **187**

Chapitre 3 : Discussions futures **188**

Table des abréviations et des locutions latines

§	paragraphe
ADPIC	Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AI	*Artificial Intelligence*
al.	alinéa(s)
API	*Application Programming Interface*
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AWF	*Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc.*
c.	considérant(s) ou contre
CAN	*Creative Adversarial Networks*
Cas.	*Case*
Cass.	Cour de cassation
CB	*Compliance-Berater*
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
C.C.D. Mass.	*United States Circuit Court for the District of Massachusetts*
CDPA	*Copyright, Designs and Patents Act 1988*
CE	Communauté européenne
CF	Conseil fédéral
cf.	*confer*
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CILIP	*Chartered Institute of Library and Information Professionals*
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COM	Communication de la Commission européenne
Coord.	coordinateur(s)
Corp.	*Corporation*
CPI	Code de la propriété intellectuelle français du 1er juillet 1992
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
Cst. Féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
cv	*Civil (case)*
Dir.	sous la direction de
DLT	*Distributed Ledger Technology*

DMCA	*Digital Millennium Copyright Act 1998*
DVD	*Digital Versatile Disc*
EC	*European Community*
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EMLR	*Entertainment and Media Law Reports*
Enters.	*Enterprises*
et al.	*et alii*
etc.	*et cetera*
E.R.	*English Reports*
ERC-721	Ethereum Request for Comments 721
FF	Feuille fédérale
GesKR	*Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*
GS	*GeenStijl*
GPT	*Generative Pre-training Transformer*
HTML	*Hypertext Make-Up Language*
HTTP	*Hypertext Transfer Protocol*
IA	Intelligence artificielle
IAGen	Intelligence artificielle générative
Inc.	*Incorporated*
IP	*Intellectual Property*
IPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle
IPFS	*InterPlanetary File System*
IRPI	Institut de recherche en propriété intellectuelle
KI	*Künstliche Intelligenz*
Kft.	*Korlátolt felelősségű társaság (Limited Liability Company)*
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (Loi sur le droit d'auteur, RS 231.1)
let.	lettre(s)
LG	*Landgericht Hamburg*
LLC	*Limited Liability Company*
L.R.C.	Lois révisées du Canada
LSE	*London School of Economics and Political Science*
Ltd.	*Limited Liability*
ML	*Machine Learning*
N	numéro(s) marginal/aux
n°	numéro
No	*Number*
NFT	*Non Fungible Token*
NYU	*New York University*

OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
p.	page
pp.	page x à y
p. ex.	par exemple
RAM	*Random Access Memory*
RDS	Revue de droit suisse
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
R.P.	remarques(s) préliminaire(s)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	suivant(e)
ss	suivant(e)s
S. Ct.	*Supreme Court of the United States*
SJ	Semaine Judiciaire
SSA	Société suisse des auteurs
SUISA	Société suisse pour les droits des auteurs d'œuvres musicales
TDM	*Text and Data Mining*
TF	Tribunal fédéral
UC Davis	*University of California-Davis*
UCLA	*University of California, Los Angeles*
UE	Union européenne
UGC	*User-Generated Content*
UK	*United Kingdom*
UrhG	*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*
URL	*Uniform Resource Locator*
U.S.	*United States*
U.S.C.	*United States Code*
v.	*versus*
VHS	*Video Home System*
vol.	volume
WCT	*WIPO Copyright Treaty*
WIPO	*World Intellectual Property Organization*
WPPT	*WIPO Performances and Phonograms Treaty*
ZSR	*Zeitschrift für Schweizerisches Recht*

Table des notions

Analogique — Existant dans le monde « réel », par opposition au monde virtuel

Auteur primaire/originaire — Auteur d'œuvres originales préexistantes

Auteur secondaire — Auteur d'œuvres créées à partir d'une ou plusieurs œuvres originales préexistantes

Ère virtuelle/numérique — Ère des nouvelles technologies

Œuvre dérivée digitale/numérique — Création littéraire ou artistique virtuelle dotée d'un caractère individuel conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes également de nature virtuelle et reconnaissables dans leur caractère individuel

Œuvre dérivée digitalisée/numérisée — Création littéraire ou artistique virtuelle dotée d'un caractère individuel conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes de nature analogique et reconnaissables dans leur caractère individuel

Œuvre dérivée virtuelle — Œuvre dérivée qui existe dans le monde virtuel (soit sous forme digitale/numérique, soit sous forme digitalisée/numérisée)

Œuvre primaire/originaire — Œuvre originale préexistante

Œuvre transformative — Œuvre qui transforme une œuvre primaire/originaire en y apportant une nouvelle expression ou un but, sens ou message différent (typiquement une œuvre dérivée)

Œuvre virtuelle — Œuvre qui existe dans le monde virtuel

Table des lois citées

Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, RS 0.623.20.

Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

Code de la propriété intellectuelle français du 1er juillet 1992 (CPI).

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. Féd., RS 101).

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 24 juillet 1971 (RS 0.231.15).

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (RS 0.232.04).

Copyright Act 1911.

Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA).

Digital Millennium Copyright Act 1998 (DMCA).

Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

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.

Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique de programmes d'ordinateur.

Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) (9 septembre 1965).

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (23 mai 1949).

Law of Ukraine No. 2811-IX on Copyright and Related Rights 2023.

Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (Belgique).

Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (Loi sur le droit d'auteur, LDA ; RS 231.1).

Loi sur le droit d'auteur canadien de 1985 (L.R.C., ch. C-42).

Statute of Anne 1710.

Traité du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (WTC ; RS 0.231.151).

Traité du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT; RS 0.231.171.1).

U.S. Copyright Act 1790.

U.S. Copyright Act 1976.

Table des arrêts cités

Suisse

ATF 67 II 59

ATF 85 II 120

ATF 105 II 297

ATF 116 II 352

ATF 125 III 328

ATF 133 III 473

ATF 142 III 387

France

Cour d'appel de Paris, Quatrième chambre civile, Section B, 22 avril 2005.

Cour de cassation, Première chambre civile, 15 février 2005, pourvoi n°02-16.957.

Cour de cassation, Première chambre civile, 28 février 2006, pourvoi n°05-15.824 (cité : Cass., 1ère chambre civile, 28 février 2006).

Allemagne

Landgericht Hamburg, 310 O 227/23 (27 septembre 2024) (cité : *LG Hamburg*, 310 O 227/23).

République tchèque

Cour Municipale de Prague, 10 C 13/2023-16 (11 octobre 2023).

Cour de Justice de l'Union européenne

CJUE, *Deckmyn*, C-201/13 (3 septembre 2014).

CJUE, *GS Media*, C-160/15 (8 septembre 2016).

CJUE, *Like Company Kft.*, C-250/25 (3 avril 2025).

CJUE, *Pelham*, C-476/17 (28 juillet 2019).

CJUE, *Svensson*, C-466/12 (13 février 2014).

CJUE, *Technische Universität Darmstadt*, C-117/13 (11 septembre 2014).

États-Unis

Andersen, et al. v. Stability AI Ltd., 3: 23-cv-00201 (13 janvier 2023) (cité : *Andersen, et al. v. Stability AI*).

Andersen, et al. v. Stability AI Ltd., 3: 23-cv-00201, *Order granting in part and denying in part motions to dismiss first amended complaint* (12 août 2024).

Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 19-2420-cv (24 août 2021) (cité : *AWF v. Goldsmith*, 2021).

Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 21-869 (18 mai 2023) (cité : *AWF v. Goldsmith*, 2023).

Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, Syllabus (cité : *AWF v. Goldsmith*, Syllabus).

Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., 13-4829-cv (16 octobre 2015) (cité : *Authors Guild v. Google*).

Authors Guild and al. v. OpenAI, Inc. and al., 1: 23-cv-08292 (9 septembre 2023) (cité : *Authors Guild v. OpenAI*).

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

Campbell v. Scott, 59 E.R. 784 (1841) (cité : *Campbell v. Scott*).

Confetti Records v. Warner Music UK Ltd., EMLR 790 (2003) (cité : *Confetti Records v. Warner Music UK Ltd.*).

Disney Enterprises, Inc. et al. v. Midjourney, Inc., *Complaint*, 2:25-cv-05275 (11 juin 2025).

Folsom v. Marsch, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass., 1841) (cité : *Folsom v. Marsch*).

Getty Images (US), Inc., v. Stability AI, Inc., 1: 23-cv-00135 (3 février 2023) (cité : *Getty Images v. Stability AI*).

Getty Images (US), Inc., v. Stability AI, Inc., Jugement de la *High Court of Justice*, Case No: IL-2023-000007 (4 novembre 2025).

Google LLC v. Oracle Am., Inc., 141 S. Ct. 1163 (2021) (cité : *Oracle v. Google*).

Gyles v. Wilcox, 26 E.R. 489 (1740) (cité : *Gyles v. Wilcox*).

Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985) (cité : *Harper &. Row v. The Nation*).

Hermès International and Hermès of Paris, Inc. v. Mason Rotschild, *Complaint*, 1:22-cv-00384 (14 janvier 2022) (cité : *Hermès v. Rotschild, Complaint*).

Hermès International and Hermès of Paris, Inc. v. Mason Rotschild, 678 F. 3d 475 (2023) (cité : *Hermès v. Rotschild*).

Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F. 3d 811 (9th Circuit, 2003) (cité : *Kelly v. Arriba Soft Corp.*).

Lawrence v. Dana, 15 F. Cas. 26, 51 (C.C.D. Mass., 1869) (cité : *Lawrence v. Dana*).

OpenAI, Inc. Copyright Infringement Litigation, *Opinion and Order*, 25-md-3143 (SHS) (OTW) (27 octobre 2025).

Paul Tremblay, Mona Awad v. OpenAI, Inc. and al., 3: 23-cv-03223 (28 juin 2023) (cité : *Paul Tremblay, Mona Awad v. OpenAI, Inc. and al.*).

Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F. 3d 1146 (9th Circuit, 2007) (cité : *Perfect 10 v. Amazon.com*).

Sony Corp. of America v. Universal City Sudios, Inc., 464 U.S. 417 (1984) (cité : *Sony v. Universal*).

Stephen Thaler v. U.S. Copyright Office, 1:22-cv-01564 (18 mars 2025).

The New York Times Company v. Microsoft Corporation et al., 1:23-cv-11195 (4 avril 2025).

Wilkins v. Aikin, 34 E.R. 163 (1810) (cité : *Wilkins v. Aikin*).

Chine

Cour de District de Shenzhen Nanshan, 0305, Jugement civil n°14010 (24 décembre 2019) (cité : *Shenzhen Tencent v. Shanghai Yingxun*).

Cour Internet de Beijing, 0491, Jugement civil n°11279 (27 novembre 2023).

Tribunal populaire de Zhangjiagang, Province de Jiangsu, Jugement n°9015 (19 mars 2025) (cité : *Feng v. Dongshan Company*).

Bibliographie

Monographies et manuels

ABBOTT Ryan, *The Reasonable Robot: Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge 2020 (cité : ABBOTT).

APLIN Tanya, *Copyright Law in the Digital Society: The Challenges of Multimedia*, Oxford/Portland, Oregon 2005 (cité : APLIN).

BARRELET Denis / EGLOFF Willi, *Le nouveau droit d'auteur : Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 4ème éd., Berne 2021 (cité : BARRELET/EGLOFF).

BENABOU Valérie-Laure / ROCHFELD Judith, *À qui profite le clic ?: le partage de la valeur à l'ère numérique*, Paris 2015 (cité : BENABOU/ROCHFELD).

BENHAMOU Françoise / FARCHY Joëlle
- *Droit d'auteur et copyright*, Paris 2007 (cité : BENHAMOU/FARCHY, 2007).
- *Droit d'auteur et copyright*, Paris 2014 (cité : BENHAMOU/FARCHY, 2014).

BENHAMOU Yaniv, *Partie II : La méthode des redevances en droit suisse / Chapitre 2 : Fondement légal de la méthode des redevances*, in : DE WERRA Jacques (édit.), *Dommages-intérêts suite à la violation de droits de propriété intellectuelle*, Zurich 2013, pp. 197-245 (cité : BENHAMOU, *La méthode des redevances en droit suisse*).

BENHAMOU Yaniv / ANDRIJEVIC Ana, *Intelligence artificielle générative d'images et droit d'auteur*, in : RICHA Alexandre / CANAPA Damiano (édit.), *Aspects juridiques de l'intelligence artificielle*, Lausanne 2024, pp. 41-85 (cité : BENHAMOU/ANDRIJEVIC).

BERENBOOM Alain
- *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2ème éd., Bruxelles 1997 (cité : BERENBOOM, 2ème éd.).
- *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 3ème éd., Bruxelles 2005 (cité : BERENBOOM, 3ème éd.).

BERTRAND André R., *Droit d'auteur*, 3ème éd., Paris 2010 (cité : BERTRAND).

BRAUN Martina, *Le droit moral de l'artiste interprète*, Berne 2010 (cité : BRAUN).

BRUGUIÈRE Jean-Michel / BERNAULT Carine, *De l'exception de fair dealing en droit d'auteur*, in : FAVREAU Amélie (dir.), *La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières*, Bruxelles 2019, pp. 105-121 (cité : BRUGUIÈRE/BERNAULT).

BURRELL Robert/COLEMANN Allison, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge 2005 (cité : BURRELL/COLEMANN).

BUYDENS Mireille, *Le développement de l'idée de l'intangibilité de l'œuvre à partir de la querelle des arts libéraux*, in : BRISON Fabienne/DUSOLLIER Séverine / JANSSENS Marie-Christine / VANHEES Hendrick, *Le Droit moral au 21ème siècle*, Bruxelles 2005, pp. 13-32 (cité : BUYDENS).

CAPALDI Nicholas / LLOYD Gordon, *Liberty and Equality in Political Economy: from Locke versus Rousseau to the Present New Thinking in Political Economy series*, Cheltenham/Northampton, Massachusetts 2016 (cité : CAPALDI/LLOYD).

CARON Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6ème éd., Paris 2020 (cité : CARON).

CARRON Blaise / KRAUS Daniel / FÉROLLES Yann / KRÜSI Mélanie, *Le droit d'auteur des planificateurs : un guide sur le droit d'auteur et autres droits de propriété intellectuelle à l'attention des architectes, des ingénieurs et des spécialistes du droit de la construction*, Zurich 2015 (cité : CARRON/KRAUS/FÉROLLES/KRÜSI).

CHERPILLOD Ivan
- *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne 1985 (cité : CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*).
- *Le droit d'auteur en Suisse : précis et guide pratique*, Lausanne 1986 (cité : CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*).
- *Propriété intellectuelle : Précis de droit suisse*, Bâle 2021 (cité : CHERPILLOD, *Propriété intellectuelle*).

COLIN Caroline, *Droit d'utilisation des œuvres*, Bruxelles 2012 (cité : COLIN).

DERCLAYE Estelle (édit.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham/Northampton, Massachusetts 2009 (cité : DERCLAYE).

DESSEMONTET François
- *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999 (cité : DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*).
- *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, 2ème éd., Lausanne 2011 (cité : DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*).

DE WERRA Jacques, *Le droit à l'intégrité de l'œuvre : étude du droit d'auteur suisse dans une perspective de droit comparé*, Berne 1997 (cité : DE WERRA, *Le droit à l'intégrité de l'œuvre*).

DUCOMMUN Florian / KLECZEWSKI Anne-Grace, *Œuvres et jetons numériques (NFTs)*, in : BANDLE Anne Laure (édit.), *Transactions d'art : risques et responsabilités*, 2ème éd., Bâle 2023, pp. 123-150 (cité : DUCOMMUN/KLECZEWSKI).

DUSOLLIER Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles 2007 (cité : DUSOLLIER).

ENSER Noémie, *Les humanités numériques : un danger pour le droit au respect des œuvres ?* in : BENSAMOUN Alexandra / LATIL Arnaud, *Propriété littéraire et artistique et humanités numériques*, Le Kremlin-Bicêtre 2015, pp. 123-135 (cité : ENSER).

ENTHOVEN Raphaël, *L'Esprit artificiel*, Paris 2024 (cité : ENTHOVEN).

FELLRATH Manon, *Compétence internationale en matière d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur Internet : droit international privé américain, européen et suisse*, Bâle 2017 (cité : FELLRATH).

FÖRSTER Achim, *Fair Use: Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenkatalog des deutschen Urheberrechtgesetzes*, Tübingen 2008 (cité : FÖRSTER).

GENDREAU Ysolde, *Highlighting moral rights in exceptions: user-generated content in the Canadian Copyright Act*, in : BRISON Fabienne / DUSOLLIER Séverine / JANSSENS Marie-Christine / VANHEES Hendrick, *Le Droit moral au 21ème siècle*, Bruxelles 2005, pp. 223-231 (cité : GENDREAU).

GILLIÉRON Philippe, *Propriété intellectuelle et Internet*, Lausanne 2003 (cité : GILLIÉRON, *Propriété intellectuelle et Internet*).

GINSBURG Jane C., *Overview of U.S. Copyright Law*, in : CORNU Marie / DE LAMBERTERIE Isabelle / SIRINELLI Pierre / WALLAERT Catherine, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, Paris 2003, pp. 241-247 (cité : GINSBURG).

GINSBURG Jane / STROWEL Alain, *Copyright liability for hyperlinks*, in : APLIN Tanya (édit.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Cheltenham/Northampton, Massachusetts 2020, pp. 217-245 (cité : GINSBURG/STROWEL).

GRIFFITHS Jonathan, *Moral right from a copyright perspective*, in : BRISON Fabienne / DUSOLLIER Séverine / JANSSENS Marie-Christine / VANHEES Hendrick, *Le Droit moral au 21ème siècle*, Bruxelles 2005, pp. 83-89 (cité : GRIFFITHS).

HUDSON Emily, *Drafting Copyright Exceptions: From the Law in Books to the Law in Action*, Cambridge 2020 (cité : HUDSON).

HUGENHOLTZ P. Bernt (édit.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, La Haye/Londres/Boston 1996 (cité : HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright*).

ILJADICA Marta, *User generated content and its authors*, in : APLIN Tanya (édit.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Cheltenham/Northampton, Massachusetts 2020, pp. 163-185 (cité : ILJADICA).

KALPOKIENĖ Julija, *Law, Human Creativity and Generative Artificial Intelligence*, Abingdon/New York 2024 (cité : KALPOKIENĖ).

KARNELL Gunnar, *Traitement national, copie privée sonore ou audiovisuelle et interprétation de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, in : *Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon*, Paris 1995, pp. 267-283 (cité : KARNELL).

KERRIGAN Charles, *Crypto and Digital Assets Law and Regulation*, Londres 2024 (cité : KERRIGAN).

KHERIA Smita / DEGLAIRE Guillaume, *Droits moraux : copyright contre droit d'auteur*, in : FAVREAU Amélie (dir.), *La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières*, Bruxelles 2019, pp. 171-195 (cité : KHERIA/DEGLAIRE).

KLEINEMENKE Manuel, *Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Flexibilisierung des urheberrechtlichen Schrankenkataloges nach dem Vorbild der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin*, Baden-Baden 2013.

KUHN Hans, *Taxonomie*, in : WEBER Rolf H. / KUHN Hans, *Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht*, Bâle 2021, pp. 35-50 (cité : KUHN).

LAMBRECHT Maxime, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : Subvertir ou réformer?*, Bruxelles 2018 (cité : LAMBRECHT).

LAWRENCE John Shelton, *Copyright Law, Fair Use, and the Academy: An Introduction*, in : LAWRENCE John Shelton / TIMBERG Bernard (édit.), *Fair Use and Free Inquiry*, 2ème éd, New Jersey 1989, pp. 3-19 (cité : LAWRENCE).

LE DEUFF Olivier, *La documentation dans le numérique*, Villeurbanne 2014 (cité : LE DEUFF).

LÉGER Pauline, *La liberté de création au service des Humanités numériques*, in : BENSAMOUN Alexandra / LATIL Arnaud, *Propriété littéraire et artistique et humanités numériques*, Le Kremlin-Bicêtre 2015, pp. 43-59 (cité : LÉGER).

LEGLER Thomas, *Le rôle des différents acteurs de l'Internet*, in : DALLÈVES Laure / BAGNOUD Raphaël (édit.), *Internet 2005*, Lausanne 2005, pp. 3-30 (cité : LEGLER).

LLEWELYN David / APLIN Tanya, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks & Allied Rights*, Londres 2023 (cité : LLEWELYN/APLIN).

LUCAS André, *Droit d'auteur et numérique*, Paris 1998 (cité : LUCAS).

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Rapport général : le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur*, in : BRISON Fabienne / DUSOLLIER Séverine / JANSSENS Marie-Christine / VANHEES Hendrick, *Le Droit moral au 21ème siècle*, Bruxelles 2005, pp. 50-68 (cité : LUCAS-SCHLOETTER, *Rapport général : le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur*).

MAGGIORE Massimo, *Artifical Intelligence, computer generated works and copyright*, in : BONADIO Enrico / LUCCHI Nicola (édit.), *Non-Conventional Copyright*, Cheltenham/Northampton, Massachusetts 2018, pp. 382-399 (cité : MAGGIORE).

MARINO Laure, *Des exceptions au droit d'auteur au secours des humanités numériques ?*, in : BENSAMOUN Alexandra / LATIL Arnaud, *Propriété littéraire et artistique et humanités numériques*, Le Kremlin-Bicêtre 2015, pp. 61-72 (cité : MARINO).

MERHAI Joseph / PASQUIER Thomas, *L'art et sa valeur*, Genève/Zurich 2022 (cité : MERHAI/PASQUIER).

MEZEI Péter, *Copyright Exhaustion : Law and Policy in the United States and the European Union*, 2ème éd., Cambridge 2022 (cité : MEZEI, *Copyright Exhaustion*).

MOURA VICENTE Dário, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, La Haye 2009 (cité : MOURA VICENTE).

NEWTON Harry, *Le Newton – Nouveau Dictionnaire des télécommunications, de l'informatique et de l'internet*, 15ème éd., Paris 2000 (cité : NEWTON).

NORMAN Sandy, *Practical Copyright for information professionals: the CILIP handbook*, Londres 2004 (cité : NORMAN).

O'CONNOR Sean M., *AI replication of musical styles points the way to an exclusive rights regime*, in : ABBOT Ryan, *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence*, CheltenhamNorthampton, Massachusetts 2022, pp. 65-83 (cité : O'CONNOR).

OHLY Ansgar, *A Fairness-Based Approach to Economic Rights*, in : HUGENHOLTZ P. Bernt (édit.), *Copyright reconstructed: rethinking copyright's economic rights in a time of highly dynamic technological and economic change*, Alphen-sur-le-Rhin 2018, pp. 83-119 (cité : OHLY).

PHILLIPS Jeremy / DURIE Robyn / KARET Ian, *Whale on Copyright*, 4ème éd., Londres 1993 (cité : PHILLIPS/DURIE/KARET).

RACHUM-TWAIG Omri, *Copyright Law and Derivative Works: Regulating Creativity*, Londres / New York 2019 (cité : RACHUM-TWAIG).

REHBINDER Manfred, *Schweizerisches Urheberrecht*, 3ème éd., Berne 2000 (cité : REHBINDER).

REHBINDER Manfred / VIGANÒ Adriano, *URG Kommentar: Urheberrecht*, 3ème éd., Zurich 2008 (cité : REHBINDER/VIGANÒ).

REUSSER Steve, *L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur*, Bâle 2014 (cité : REUSSER).

ROGNSTAD Ole-Andreas / POORT Joost, *The Right to Reasonable Exploitation Concretized: An Incentive Based Approach*, in : HUGENHOLTZ P. Bernt (édit.), *Copyright reconstructed: rethinking copyright's economic rights in a time of highly dynamic technological and economic change*, Alphen-sur-le-Rhin 2018, pp. 121-161 (cité : ROGNSTAD/POORT).

SALVADÉ Vincent, *Droit d'auteur et technologie de l'information et de la communication*, Zurich 2015 (cité : SALVADÉ, *Droit d'auteur et technologie de l'information*).

SCHACK Haimo, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 3ème éd., Tübingen 2005 (cité : SCHACK).

SCHÖNBERGER Daniel, *Deep Copyright: Up- and Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)*, in : DE WERRA

Jacques (éd.), *Droit d'auteur 4.0/Copyright 4.0*, Genève/Zurich 2018, pp. 145-173 (cité : SCHÖNBERGER).

SEILER Zoé, *Cinéma : droit d'auteur et droit du travail – Étude de droit comparé*, Genève 2012 (cité : SEILER).

SENFTLEBEN Martin, *Copyright, Limitations and the Three-step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, La Haye / Londres / New York 2004 (cité : SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*).

SIRINELLI Pierre, *Rapport général*, in : BRISON Fabienne/DUSOLLIER Séverine / JANSSENS Marie-Christine / VANHEES Hendrick, *Le Droit moral au 21ème siècle*, Bruxelles 2005, pp. 151-163 (cité : SIRINELLI).

SPINDLER Gerald, *AI and Copyright Law: The European Perpsective*, in : DI MATTEO Larry A. / PONCIBÒ Cristina / CANNARSA Michel, *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, Cambridge 2022, pp. 257-269 (cité : SPINDLER).

STOKES Simon
- *Art and Copyright*, 2ème éd., Oxford/Portland, Oregon 2012 (cité : STOKES, *Art and Copyright*).
- *Digital Copyright: Law and Practice*, 4ème éd., Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon 2012 (cité : STOKES, *Digital Copyright*).

STROWEL Alain
- *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences – Étude de droit comparé*, Paris/Bruxelles 1993 (cité : STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*).
- *Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents*, in : DUSOLLIER Séverine / GINSBURG Jane C. / HUGENHOLTZ P. Bernt / LUCAS André / STROWEL Alain, *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Bruxelles 2000, pp. 5-24 (cité : STROWEL, *Droit d'auteur et accès à l'information*).

STROWEL Alain / DERCLAYE Estelle, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia – Droit belge, européen et comparé*, Bruxelles 2001 (cité : STROWEL/DERCLAYE).

STROWEL Alain / DUCATO Rossana, *Artifical Intelligence and text and data mining: a Copyright carol*, in : ROSATI Eleonora (éd.), *Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Londres / New York 2021, pp. 299-316 (cité : STROWEL/DUCATO).

TAMÒ-LARRIEUX Aurelia / GUITTON Clement / MAYER Simon, *AI and Law: How Automation Is Changing the Law*, Boca Raton / Londres / New York 2025 (cité : TAMÒ-LARRIEUX/GUITTON/MAYER).

TORREMANS Paul
- *Introduction*, in : BRISON Fabienne/DUSOLLIER Séverine / JANSSENS Marie-Christine / VANHEES Hendrick, *Le Droit moral au 21ème siècle*, Bruxelles 2005, pp. 45-49 (cité : TORREMANS, *Introduction*).
- *L'exception de copie privée au Royaume-Uni*, in : LUCAS André / SIRINELLI Pierre / BENSAMOUN Alexandra, *Les exceptions au droit d'auteur : États des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Paris 2012, pp. 95-105 (cité : TORREMANS, *L'exception de copie privée au Royaume-Uni*).

VIANGALLI François, *Transferts internationaux de données : entre libre circulation et impératifs sécuritaires*, in : FAVREAU Amélie (dir.), *La propriété intellectuelle en dehors de ses frontières*, Bruxelles 2019, pp. 199-223 (cité : VIANGALLI).

WEKSTEIN Isabelle, *Droits voisins du droit d'auteur et numérique*, Paris 2002 (cité : WEKSTEIN).

Articles de revues

ALBERINI Adrien / CHUFFART-FINSTERWALD Stéphanie, *Non Fungible Tokens (NFT) : Une tentative de « décompilation » au regard du droit suisse*, SJ 2023 I, pp. 55-71 (cité : ALBERINI/CHUFFART-FINSTERWALD).

AREF Magda / FÁBIÁN Luca / WEBER Simon, *Digitale Originale dank NFTs ?*, GesKR 3/2021, pp. 385-399 (cité : AREF/FÁBIÁN/WEBER).

BERBINAU Jean, *Industries culturelles, propriété intellectuelle, protection sur internet, la technique, miroir du droit ?*, in : *« Annales des Mines – Réalités industrielles »*, ESKA 2/2013, pp. 19-24 (cité : BERNIBAU).

BROWN-PEDERSEN Jonas, *The Inadequacy of UK Moral Rights Protection: A Comparative Study on the Waivability of Rights and Recontextualisation of Works in Copyright and Droit D'auteurs Systems*, LSE Law Review 2018, vol. 3, pp. 115-128 (cité : BROWN-PEDERSEN).

CHERPILLOD Ivan

- *Intelligence artificielle et droit d'auteur : les outils de génération automatisée de textes ou d'images au regard du droit suisse*, sic! 9/2023, pp. 445-452 (cité : CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*).
- *Droit d'auteur et liberté de l'art*, sic! 7-8/2024, pp. 355-373 (cité : CHERPILLOD Ivan, *Droit d'auteur et liberté de l'art*).

DE WERRA Jacques, *Artificial Intelligence & Intellectual Property*, RDS/ZSR, Band 144 (2025) I Heft 4, p. 355ss (cité : DE WERRA, *Artificial Intelligence & Intellectual Property*).

EGLOFF Willi, *Von der « freien Benutzung » zum « künstlerischen Zitat »*, sic! 7 et 8/2020, pp. 399-411 (cité : EGLOFF).

FEHLBAUM Pascal / LATTMANN Stéphanie S., *Schranken und anwendbares Recht bei Urheberrechtsverletzungen auf dem Internet*, sic! 5/2009, pp. 370-378 (cité : FEHLBAUM/LATTMANN).

FIX Adrian, *Arthur Jafa : défier les notions de style et d'auteur dans une oeuvre numérique*, in : MASOURA Athina / RAGEUL Anthony (coord.), *L'ère numérique du style*, Revue Proteus 2023 n°20, pp. 46-56 (cité : FIX).

GILLIÉRON Philippe, *Les liens hypertextes et le droit privé*, sic! 9/2000, pp. 755-769 (cité : GILLIÉRON, *Les liens hypertextes*).

GILLIÉRON Philippe, *Intelligence artificielle : la titularité des données*, RSDA 4/2021, pp. 435-449 (cité : GILLIÉRON, *Intelligence artificielle : la titularité des données*).

HAAS Eliane / RODIEUX Virginie, *IP and the Metaverse*, sic! 6/2023, pp. 329-336 (cité : HAAS/RODIEUX).

HARTMANN Damian, *Text and Data Mining and Copyright in Switzerland and the European Union*, sic! 3/2023, pp. 157-167 (cité : HARTMANN).

JACCARD Michel / CELLINA Eva, *Les Creative Commons, avenir du droit d'auteur ?*, SJ 2017 II, pp. 229-255 (cité : JACCARD/CELLINA).

KAULARTZ Markus / SCHMID Alexander, *Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Tokens (NFTs)*, CB 2021, pp. 298-302 (cité : KAULARTZ/SCHMID).

LA SPADA Anne-Virginie, *La propriété intellectuelle dans le Métavers*, Revue de l'avocat 9/2022, pp. 363-365 (cité : LA SPADA).

NERISSON Sylvie, *Le droit moral de l'auteur décédé en France et en Allemagne*, Cahiers IRPI n°4, 2003 (cité : NÉRISSON).

RAGOT Sébastien / WIGGER Fabian / DAL MOLIN Luca / LAPPERT Nando / ANDRIJEVIC Ana / REINLE Michael / GLARNER Andreas / MERZ James / HANDLE Marco / GOTTSCHALK Matthias / FISCHER Benno / ANTHAMATTEN Sylvia / CORDOBA Anaïc, *Copyright in Artificially Generated Works*, sic! 10/2019, pp. 573-579 (cité : RAGOT et al.).

REINLE Michael, *« Oracle vs Google » – eine Uhreberrechts-Saga in mehreren Akten*, sic! 1/2020, pp. 53-62 (cité : REINLE).

SALVADÉ Vincent
- *Streaming et linking: la neutralité technologique du droit d'auteur est-elle assurée ?*, RSDA 1/2017, pp. 71-78 (cité : SALVADÉ, *Streaming et linking*).
- *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes pour entraîner l'intelligence artificielle ?*, sic! 2/2024, pp. 87-93 (cité : SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*).

SPIRIG Eliane, *«Kunst-Token» – Eine anregende Tagung über Sinn und Unsinn der Blockchain-Technologie in der Kunstwelt*, sic! 3/2022, pp. 139-144 (cité : SPIRIG).

Ressources électroniques

AGARWAL Udit / TANDON Dhanish / SHARMA Vimal Kr./MISHRA Pradeep Kr., *Metaverse Technology: an Overview*, International Research Journal of Modernization in Engineering Technology and Science, vol. 4, n°11, 2022, pp. 1287-1289 (cité : AGARWAL/TANDON/SHARMA/MISHRA).

ALTIJ & ORATIO AVOCATS, *Google, Gemini et les droits voisins : Une IA qui fait des vagues*, 2025 (cité : ALTIJ & ORATIO AVOCATS, *Google, Gemini et les droits voisins : Une IA qui fait des vagues*).

ANTREASYAN Sevan, *Réseaux sociaux et mondes virtuels : contrat d'utilisation et aspects de propriété intellectuelle*, Université de Genève 2016 (cité : ANTREASYAN).

ARMSTRONG Timothy K., *Digital Rights Management and the Process of Fair Use*, Harvard Journal of Law & Technology, vol. 20, n°1, 2006 (cité : ARMSTRONG).

BASTIAN Enzo, *Le NFT : de l'œuvre d'art à l'instrument financier*, sui generis 2023, pp. 13-21 (cité : BASTIAN).

BENHAMOU Yaniv, *Intelligence artificielle : licence libre et gouvernance collective des données à travers l'altruisme des données et les data trusts*, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, vol. 93, n°4, 2021, pp. 419-434 (BENHAMOU, *Intelligence artificielle*).

BENHAMOU Yaniv / VOISIN Margot / BAUER Yves / FELISBERTO Honor / GAUFFROY-NAUDIN Thomas / RIOM Loïc, *Future of culture: financing & governance in the digital age: working group reports*, 2024 (cité : BENHAMOU/VOISIN/BAUER/FELISBERTO/GAUFFROY-NAUDIN/RIOM).

BONADIO Enrico / MCDONAGH Luke, *Artificial intelligence as producer and consumer of copyright works: evaluating the consequences of algorithmic creativity*, Intellectual Property Quarterly, n°2, 2020, pp. 112-137 (cité : BONADIO/MCDONAGH).

BRACHA Oren, *The Work of Copyright in the Age of Machine Production*, University of Texas Law School, Legal Studies Research Paper, 2023, (cité : BRACHA).

BRITTAIN Blake, *OpenAI Asks Court to Trim Authors' Copyright Lawsuits*, 2023 (cité : BRITTAIN, *OpenAI Asks Court to Trim Authors' Copyright Lawsuits*).

BRUGUIÈRE Jean-Michel, *Moral privileges: Obstacles for the Exploitation of the Works rather than for the Components of the Right*, 2017 (cité : BRUGUIÈRE, *Moral privileges: Obstacles for the Exploitation of the Works rather than for the Components of the Right*).

CARROLL Michael W., *Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining Is Lawful*, UC Davis Law Review, American University, Washington College of Law Research Paper, vol. 53, n°2020-15, 2019, pp. 893-963 (cité : CARROLL).

CHATEAU Kelly, *Internet web 2.0 : enjeux et stratégies digitales B2B*, 2022 (cité : CHATEAU Kelly, *Internet web 2.0 : enjeux et stratégies digitales B2B*).

ChatGPT Is Eating The World, depuis janvier 2023.

DERMAWAN Artha, *Towards Artificial Intelligence Copyright Equilibrium*, abstract, à paraître, TalTech Journal of European Studies, 2024 (cité : DERMAWAN).

DICTIONNAIRE LE ROBERT, *Définition de « style »*.

DORNIS Tim W. / STOBER Sebastian, *Urheberrecht und Training generativer KI-Modelle: Technologische und juristische Grundlagen*, Baden-Baden 2024 (cité : DORNIS/STOBER).

DOUGHERTY Candidus / LASTOWKA Greg, *Virtual Trademarks*, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, 2008 (cité : DOUGHERTY/LASTOWKA).

ELGAMMAL Ahmed / LIU Bingchen / ELHOSEINY Mohamed / MAZZONE Marian, *CAN: Creative Adversarial Networks, Generating "Art" by Learning About Styles and Deviating from Style Norms*, 2017 (cité : ELGAMMAL/LIU/ELHOSEINY/MAZZONE).

ESCOVEDO Josh, *The Briefing by the IP Law Blog: Getty Images Sues Stability AI for Copyright Infringement in Stable Diffusion Training*, 2023 (cité : ESCOVEDO, *The Briefing by the IP Law Blog: Getty Images Sues Stability AI for Copyright Infringement in Stable Diffusion Training*).

ESPINER Tom / JAMALI Lily, *Disney and Universal sue AI firm Midjourney over images*, 2025 (cité : ESPINER/JAMALI, *Disney and Universal sue AI firm Midjourney over images*).

FELIÚ Vicenç, *Our Brains Beguil'd: Copyright Protection for AI Created Works*, à paraître, 25 Intellectual Property & Technology Law Journal 105, 2021, *University of San Francisco Law Research Paper* (cité : FELIÚ).

FELZMANN Heike / FOSCH-VILLARONGA Eduard / LUTZ Christoph / TAMÒ-LARRIEUX Aurelia, *Towards Transparency by Design for Artificial Intelligence*, Science and Engineering Ethics, vol. 26, 2020, pp. 3333-3361 (cité : FELZMANN/FOSCH-VILLARONGA/LUTZ/TAMÒ-LARRIEUX).

FOERG Marianna, *Intellectual Property Considerations and Challenges in the Metaverse*, European Intellectual Property Review, vol. 45, n°2, 2022 (cité : FOERG).

FRANCEINFO CULTURE, *En créant des images inspirées du Studio Ghibli, sans accord de licence, ChatGPT donne corps aux craintes des auteurs*, 2025 (cité : FRANCEINFO CULTURE, *En créant des images inspirées du Studio Ghibli, sans accord de licence, ChatGPT donne corps aux craintes des auteurs*).

FRANCO Anthony, *Web 3.0: Distraction, Evolution or Revolution?: More than just the Web, 3.0 will be focused on more integrated, meaningful user experiences that combine multiple platforms, outlets and technologies*, Information Management, New York, vol. 20, n°6, 2019, p. 9ss (cité : FRANCO).

FRIEDMANN Danny
- *Copyright as Affirmative Action for Human Authors Until the Singularity*, GRUR International, vol. 73, n°1, 2024, pp. 1-2 (cité : FRIEDMANN, *Copyright as Affirmative Action*).
- *Creation and Generation Copyright Standards*, NYU Journal of Intellectual Property & Entertainment Law et Peking University School of Transnational Law Research Paper, 2024 (cité : FRIEDMANN, *Creation and Generation*).

GERVAIS Daniel J., *AI Derivatives: the Application to the Derivative Work Right to Literary and Artistic Productions of AI Machines*, Seton Hall Law Review, vol. 53 et Vanderbilt Law Research Paper, n°22-12, 2022 (cité : GERVAIS).

GILLIÉRON Philippe, *Droit des marques et NFT : que faut-il penser de Hermès v. Rotschild ?*, 2023 (cité : GILLIÉRON, *Hermès v. Rotschild*).

GINSBURG Jane C. / BUDIARDJO Luke A., *Authors and Machines*, 34 Berkeley Technology Law Journal 343, 2019 (cité : GINSBURG/BUDIARDJO).

GUADAMUZ Andres, *The Treachery of Images: Non-fungible Tokens and Copyright*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 16, n°12, 2021 (cité : GUADAMUZ).

GUCCI, *Gucci Garden on Roblox* (cité : *Gucci Garden on Roblox*).

HALL Wendy / TIROPANIS Thanassis, *Web Evolution and Web Science*, Computer Networks, vol. 56, n°18, 2012, pp. 3859-3865 (cité : HALL/TIROPANIS).

HARDMAN Benjamin / HOUSEL James, *A Sui Generis Approach to the Protection of AI-Generated Works: Balancing Innovation and Authorship*, 2023 (cité : HARDMAN/HOUSEL).

HFG LAW & INTELLECTUAL PROPERTY, *For the first time AI generated Photo gets Copyright in China*, 2023 (cité : HFG LAW & INTELLECTUAL PROPERTY, *For the first time AI generated Photo gets Copyright in China*).

HUGENHOLTZ P. Bernt / SENFTLEBEN Martin R. F., *Fair Use in Europe: in search of flexibilities*, University of Amsterdam, Vrije Universiteit Amsterdam, 2011 (cité : HUGENHOLTZ/SENFTLEBEN).

INSTITUT FÉDÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, Page d'informations sur les sociétés de gestion (cité : INSTITUT FÉDÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, Page d'informations sur les sociétés de gestion).

JOHNSON Harper, *Case Review: Hermès International v. Rothschild*, 2024 (cité : JOHNSON, *Case Review: Hermès International v. Rothschild*).

JOLLER Christina / PASQUIER Bruno / KRAUS Daniel, *NFTs et droits d'auteur*, sui generis 2023, pp. 55-65 (cité : JOLLER/PASQUIER/KRAUS).

JOURNAL DU LUXE, *Balenciaga débarque sur Fortnite* (cité : *Balenciaga débarque sur Fortnite*).

KNIBBS Kate, *Why This Award-Winning Piece of AI Art Can't Be Copyrighted*, 2023 (cité : KNIBBS, *Why This Award-Winning Piece of AI Art Can't Be Copyrighted*).

KÜBLER Philip, *Wie Generative KI-Systeme Rechte nutzen*, medialex 05/23, 2023 (cité : KÜBLER).

LEE Edward
- *Warming Up to User-Generated Content*, University of Illinois Law Review, vol. 2008, n°5, 2008, pp. 1459-1548 (cité : LEE).
- *South Korea Grants Copyright to AI Generated Work, 'AI Suro's Wife' Film as Work Edited by Humans*, 2024 (cité : LEE, *South Korea Grants Copyright to AI Generated Work, 'AI Suro's Wife' Film as Work Edited by Humans*).

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Le droit moral en Allemagne*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, vol. 25, n°1, 2013, pp. 37-57 (cité : LUCAS-SCHLOETTER, *Le droit moral en Allemagne*).

LUCCHI Nicolas, *ChatGPT: A Case Study on Copyright Challenges for Generative AI Systems*, European Journal of Risk Regulation, 2023, pp. 1-23 (cité : LUCCHI).

MAGRONI Thomas / KRETSCHMER Martin, *A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology*, GRUR International, vol. 71(8), 2022, pp. 685-701 (cité : MAGRONI/KRETSCHMER).

MAIDANYK Liubov, *Artificial Intelligence and Sui Generis Right: A Perspective for Copyright in Ukraine?*, Access to Justice in Eastern Europe, vol. 3, n°11, 2021, pp. 144-154 (cité : MAIDANYK).

MAIRE Aurélie, *Le domaine artistique contemporain de l'Arctique canadien dans l'environnement numérique : réflexions sur les notions de droit d'auteur et de propriété intellectuelle (note de recherche)*, Anthropologie et Sociétés, vol. 35, n°1-2, 2011, pp. 209-277 (cité : MAIRE).

MCDONALD Michaela, *The Intersection between IP and the Metaverse: Preliminary observations*, Queen Mary Law Research Paper, n°397/2023 (cité : MCDONALD).

MENELL Peter S. / BALGANESH Shyamkrishna / GINSBURG Jane C., *Brief of Professors Peter S. Menell, Shyamkrishna Balganesh and Jane C. Ginsburg as Amici Curiae in support of Respondents*, Columbia Public Law Research Paper, n°21-869, 2022 (cité : MENELL/BALGANESH/GINSBURG).

MESSAOUDI Intidhar, *À propos de l'article 53 de la loi allemande sur le droit d'auteur relatif à l'exception de copie privée*, 2007 (cité : MESSAOUDI, *À propos de l'article 53 de la loi allemande sur le droit d'auteur relatif à l'exception de copie privée*).

MEZEI Péter, *'You AIn't Seen Nothing yet' – Arguments against the Protectability of AI-generated Outputs by Copyright Law*, in : BORGHI Maurizio / BROWNSWORD Roger (édit.), *Informational Rights and Informational Wrongs: A Tapestry for Our Times*, Abingdon 2023, pp. 126-143 (cité : MEZEI, *Protectability of AI-generated Outputs*).

MEZEI Péter / ARORA Gunjan Chawla, *Chapter 11 - Copyright and Metaverse*, in : CANNARSA Michel / DI MATTEO Larry Alan (édit.), *Research Handbook on Metaverse and the Law*, Londres 2023, pp. 190-206 (cité : MEZEI/ARORA).

MIGLIORE Élodie, *Affaire New York Times c/ OpenAI et Microsoft Corporation : rejet de la demande de production de certains éléments*, 2024 (cité : MIGLIORE, *Affaire New York Times c/ OpenAI et Microsoft Corporation : rejet de la demande de production de certains éléments*).

MINISTÈRE DE LA CULTURE, FRANCE TERME, *Définition des humanités numériques*.

MURRAY Michael D., *NFT Ownership and Copyrights*, 2022 (cité : MURRAY).

NETANEL Neil Weinstock, *Making Sense of Fair Use*, Lewis & Clark Law Review, vol. 15 et UCLA School of Law Research Paper, n°11-20, 2011, pp. 715-771 (cité : NETANEL).

NEWMAN Christopher M., *Transformation in Property and Copyright*, Villanova Law Review, vol. 56, n°2, 2011, pp. 251-326 et George Mason Law & Economics Research Paper, n°10-51 (cité : NEWMAN).

OPRYSK Liliia, *Article 33 Ukrainian Copyright Act: sui generis right to non-original objects generated by a computer program*, 2023 (cité : OPRYSK).

ÖZTÜRK Özgün, *Intellectual Property in NFTs and Legal Challenges*, 2023 (cité : ÖZTÜRK).

PALMER Jake, *Copyright in the Metaverse*, 2022 (cité : PALMER, *Copyright in the Metaverse*).

PÉROT Pierre / BOUZAYEN Inès / ABBA Camille, *IA et droit d'auteur : première décision judiciaire en Europe [République Tchèque]*, 2024 (cité : PÉROT/BOUZAYEN/ABBA, *IA et droit d'auteur : première décision judiciaire en Europe [République Tchèque]*).

ROCH Jean-Baptiste, *Intelligence artificielle : la fausse chanson de Drake et The Weeknd n'ira pas aux Grammys 2024*, 2023 (cité : ROCH, *Intelligence artificielle : la fausse chanson de Drake et The Weeknd n'ira pas aux Grammys 2024*).

ROOSE Kevin, *An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren't Happy.*, 2022 (cité : ROOSE, *An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren't Happy.*).

ROSATI Eleonora, *Copyright Reformed: The Narrative of Flexibility and Its Pitfalls in Policy and Legislative Initiatives (2011-2021)*, Asia Pacific Law Review, vol. 32, n°1, 2023, pp. 33-54 et Faculty of Law, Stockholm University Research Paper, n°111 (cité : ROSATI).

ROSENTHAL David / VERALDI Livio, *Das Training von KI-Sprachmodellen mit fremden Inhalten und Daten aus rechtlicher Sicht*, Jusletter du 3 février 2025 (cité : ROSENTHAL/VERALDI).

ROSSOW Andrew, *The Hermès lawsuit may dictate the future of NFTs*, 2023 (cité : ROSSOW, *The Hermès lawsuit may dictate the future of NFTs*).

RUDMAN Riaan / BRUWER Rikus, *Defining Web 3.0: opportunities and challenges*, The Electronic Library, vol. 34, n°1, 2016, pp. 132-154 (cité : RUDMAN/BRUWER).

SAG Matthew, *Predicting Fair Use*, Ohio State Law Journal, vol. 73:1, 2012, pp. 47-91, TRPC 2011 et Loyola University Chicago School of Law Research Paper, n°2012-005 (cité : SAG).

ŠČERBA Tomáš / FOŘT Jaroslav, *Autorské právo v éře AI: první rozhodnutí českých soudů*, 2024 (cité : ŠČERBA/FOŘT, *Autorské právo v éře AI: první rozhodnutí českých soudů*).

SENFTLEBEN Martin, *The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, vol. 1, n°2, 2010, pp. 67-82 (cité : SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*).

SHAW Anny, *Banksy-style NFTs Have Sold for $900,000—but Are They the Real Deal and Does It even Matter?*, 2021 (cité : SHAW, *Banksy-style NFTs have Sold for $900,000—but Are They the Real Deal and Does It even Matter?*).

SOBEL Benjamin L.W.
- *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, Columbia Journal of Law & the Arts, vol. 41, 2017, pp. 45-97 (cité : SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*).
- *Elements of Style: Copyright, Similarity, and Generative AI*, à paraître, Harvard Journal of Law & Technology, vol. 38 et Cornell Legal Studies Research Paper, 2024 (cité : SOBEL, *Elements of Style*).

SONG Seagull, *Chinese Court Found AI-Generated Pictures Not Copyrightable —Convergence With The U.S. Standard?*, 2025 (cité : SONG, *Chinese Court Found AI-Generated Pictures Not Copyrightable—Convergence With The U.S. Standard?*).

STÉRIN Véronique, *Les exceptions en droit d'auteur allemand*, IRPI 2005, 6 pages (cité : STÉRIN).

STRAKOVÁ Lucie, *The Internet Renaissance of Collective Management Organisations: Reflections on Flat Fee System and the Role of Collective Management Organisations*, International Review of Law, Computers and Technology, vol. 33, n°1, 2019, pp. 53-75 (cité : STRAKOVÁ).

SUBRAMANIAN Ramakrishnan, *Web 3.0: The Evolution*, ITNOW, vol. 64, n°2, 2022, pp. 44-45 (cité : SUBRAMANIAN).

THE SUPREME PEOPLE'S COURT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *Court rules AI-written Article Has Copyright*, 2020 (cité : THE SUPREME PEOPLE'S COURT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *Court rules AI-written Article Has Copyright*).

UNIVERSITÉ DE GENÈVE, Page d'informations sur les données de recherche, le droit d'auteur et les licences (cité : UNIVERSITÉ DE GENÈVE, Page d'informations sur les données de recherche, le droit d'auteur et les licences).

VON WELSER Marcus, *Hamburg Regional Court Rules on Training Data for Artificial Intelligence*, 2024 (cité : VON WELSER, *Hamburg Regional Court Rules on Training Data for Artificial Intelligence*).

WATTEAU Léa, *La réforme du droit d'auteur allemand – Article n°5*, 2021 (cité : WATTEAU, *La réforme du droit d'auteur allemand – Article n°5*).

WOLF THEISS, Client Alert, *Ukraine Updates its Copyright Regulation Based on Principles of EU Law*, 2023 (cité : WOLF THEISS, *Ukraine Updates its Copyright Regulation Based on Principles of EU Law*).

ZHAN Jennifer, *George R.R. Martin Among 17 Authors Suing Over ChatGPT*, 2023 (cité : ZHAN, *George R.R. Martin Among 17 Authors Suing Over ChatGPT*).

Documents officiels

BENABOU Valérie Laure / LANGROGNET Fabrice, *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, Conseil supérieur de la propriété intellectuelle et artistique, 2014 (cité : *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*).

BO Zhou, *Artificial Intelligence and Copyright Protection – Judicial Practice in Chinese Courts*, WIPO (cité : BO).

Coalition Letter to Congress on Copyright and AI, 2023 (cité : *Coalition Letter to Congress on Copyright and AI*).

Communication de la Commission européenne sur le contenu dans le marché unique numérique (COM (2012) 789 final), Bruxelles, 2012 (cité : *Communication sur le contenu dans le marché unique numérique*).

CONSEIL FÉDÉRAL
- *Message du 22 novembre 2017 relatif aux modifications de la loi sur le droit d'auteur et à deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle* (FF 2018 559) (cité : FF 2018 559).
- *Suivi de la révision de la loi sur le droit d'auteur – Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 19.3421, Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des États, 29 avril 2019*, Berne, 17 décembre 2021 (cité : *Suivi de la révision de la loi sur le droit d'auteur*).

COPYRIGHT REVIEW COMMITTEE, *Modernising Copyright*, 2013 (cité : COPYRIGHT REVIEW COMMITTEE, *Modernising Copyright*).

MARTIN Jean / DE CARVALHO Liliane, *Rapport de la mission du CSPLA sur l'exploration de données (« text and data mining »)*, Conseil supérieur de la propriété intellectuelle et artistique, 2014 (cité : *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*).

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Rapport du Groupe spécial*, 2000 (cité : OMC, *Rapport du Groupe spécial*)

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *Document de synthèse révisé sur les politiques en matière de propriété intellectuelle et l'intelligence artificielle du 29 mai 2020* (WIPO/IP/AI/2/GE/20/1REV) (cité : OMPI, *Document de synthèse*).

SIRINELLI Pierre / BENSAMOUN Alexandra / POURREAU Christophe, *Rapport de la mission du CSPLA 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*, Conseil supérieur de la propriété intellectuelle et artistique, 2014 (cité : *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*).

THE WORLD BANK GROUP, *Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain*, 2017 (cité : THE WORLD BANK GROUP).

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE
- *Artificial Intelligence and Copyright – Notice of Inquiry and request for comments*, Federal Register, Vol. 88, N°167, pp. 59942-59949, 2023 (cité : U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Notice of Inquiry*).
- *Copyright and Artificial Intelligence – Part 1: Digital Replicas*, 2024 (cité : U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 1: Digital Replicas*).
- *Copyright and Artificial Intelligence – Part 2: Copyrightability*, 2025 (cité : U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*).
- *Copyright and Artificial Intelligence – Part 3: Generative AI Training (Pre-Publication Version)*, 2025 (cité : U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*).
- *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, 16190 Federal Register, vol. 88, n°51, pp. 16190-16104, 2023 (cité : U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Registration Guidance*).
- Fair Use Index, Search Cases, *Andy Warhol Foundation For the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith* (2021) (cité : Résumé de la décision *AWF v. Goldsmith*, 2021).
- Fair Use Index, Search Cases, *Andy Warhol Foundation For the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith* (2023) (cité : Résumé de la décision *AWF v. Goldsmith*, 2023).
- Fair Use Index, Search Cases, *Authors Guild Inc. v. Google Inc.* (2015) (cité : Résumé de la décision *Authors Guild v. Google*).
- Fair Use Index, Search Cases, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* (1994) (cité : Résumé de la décision *Campbell v. Acuff-Rose Music*).
- Fair Use Index, Search Cases, *Folsom v. Marsch* (1841) (cité : Résumé de la décision *Folsom v. Marsch*).
- Fair Use Index, Search Cases, *Google LLC v. Oracle Am., Inc*. (2021) (cité : Résumé de la décision *Oracle v. Google*).
- Fair Use Index, Search Cases, *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.* (1985) (cité : Résumé de la décision *Harper &. Row v. The Nation*).

– Fair Use Index, Search Cases, *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.* (2007) (cité : Résumé de la décision *Perfect 10 v. Amazon.com*).
– Fair Use Index, Search Cases, *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios* (1984) (cité : Résumé de la décision *Sony v. Universal*).
– *Re: Zarya of the Dawn (Registration # VAu001480196)*, Washington, 21 février 2023 (cité : U.S. COPYRIGHT OFFICE, *« Zarya of the Dawn »*).

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD

– *Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register a Recent Entrance to Paradise (Correspondence ID 1-3ZPC6C3; SR # 1-7100387071)*, Washington, 14 février 2022 (cité : U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, *« A Recent Entrance to Paradise »*).
– *Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D'opéra Spatial (SR # 1-11743923581; Correspondence ID: 1-5T5320R)*, Washington, 5 septembre 2023 (cité : U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, *« Théâtre d'Opéra Spatial »*).
– *Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register SURYAST (SR # 1-11016599571; Correspondence ID: 1-5PR2XKJ)*, Washington, 11 décembre 2023 (cité : U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, *« SURYAST »*).

Ressources audiovisuelles

Youtube, *The Next Rembrandt*.

Avant-propos

Si la rédaction d'une thèse de doctorat en droit d'auteur coulait de source de par mon intérêt très marqué pour le domaine artistique, sa composante numérique, elle, ne m'était initialement pas apparue comme une évidence. C'est en réalité l'actualité, ainsi que les éclaircissements de mon mentor, qui m'ont amenée sur la voie des nouveautés technologiques et de leur impact dans le monde du droit d'auteur. À force de questionnements et de lectures sur le sujet, les enjeux liés à l'ère numérique se sont révélés tout à fait passionnants et essentiels à la construction de la présente thèse. § 1

Pour saisir le sujet qui allait m'occuper l'esprit pendant de nombreux mois, il a fallu commencer par un retour aux éléments de base. Il découle du premier article de la Loi fédérale sur le droit d'auteur[1] (ci-après : LDA) que cette législation protège principalement les droits des auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques. Ce faisant, elle régule également la *créativité*. Les conséquences de cette régulation concernent non seulement le traitement des œuvres et leur paternité au moment où elles sont créées, mais également ce qu'il en est *a posteriori*, notamment lorsqu'il est fait usage d'une œuvre protégée[2]. Cette amorce me vient d'une question initialement formulée par RACHUM-TWAIG dans le cadre de sa recherche : le droit d'auteur comprend-il réellement ce qu'est la créativité et son fonctionnement ? Les dispositions de la loi tiennent-elles compte des réalités actuelles en matière de *génération* d'œuvres ? Pour y répondre, il faut tout d'abord distinguer l'appréhension légale du processus créatif tel qu'il ressort de la loi, de sa mise en œuvre en pratique. Ainsi, une analyse de la relation entre le droit et la créativité s'avère nécessaire[3]. § 2

Les avancées récentes dans le domaine du numérique, telles que le développement du *« machine learning »*, ont largement contribué à l'évolution de la notion de créativité et de la façon dont les industries opèrent dans le domaine artistique et littéraire. Plus concrètement, grâce aux capacités accrues du *machine learning*, les données collectées permettent de créer des contenus « sur mesure » selon les préférences des utilisateurs ; les modèles utilisés, provenant de ces acteurs et à disposition de ces derniers, présentent un aspect § 3

1 Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992, RS 231.1.

2 RACHUM-TWAIG, p. 1.

3 RACHUM-TWAIG, p. 1.

éminemment social et n'existent pas uniquement dans un univers virtuel indépendant. En outre, l'apparition de l'intelligence artificielle générative (ci-après : IAGen) a largement contribué à personnaliser encore davantage les contenus générés[4]. Ainsi, les créations digitales font désormais partie de notre quotidien. La question présentée précédemment devrait donc plutôt être formulée de la façon suivante : le droit d'auteur comprend-il réellement ce qu'est la créativité et son fonctionnement *à l'ère du numérique* ? C'est de cette interrogation fondamentale qu'est née ma problématique, examinée sous l'angle spécifique de l'œuvre dérivée.

§ 4 Avant de se plonger dans cette étude, je souhaite rendre le lectorat attentif au fait qu'une grande partie de celle-ci a été effectuée sous la forme d'une analyse comparative et qu'elle est dès lors fondée sur de nombreuses sources en langues étrangères. J'ai donc parfois fait le choix de citer certaines d'entre elles dans leur version originale (principalement en anglais) de sorte à ce que la précision et la pertinence des passages concernés demeurent aussi authentiques que possible. À l'inverse, pour des raisons de fluidité rédactionnelle, j'ai pris la liberté de traduire d'autres extraits lorsque cet exercice me paraissait opportun, en m'efforçant de rester au plus proche du sens ressortant du texte d'origine.

4 KALPOKIENĖ, p. 14.

Introduction

Chapitre 1 : Objet et étendue de la recherche

Le droit est, dans son essence, une fiction. Nombreux sont les exemples de notions légales qui, sans contexte donné, n'ont que très peu de sens en pratique. Le droit d'auteur en est un exemple parlant : les notions de « créativité », d'« individualité », d'« exception » ou encore de « droit moral » – pour n'en citer que quelques-unes – offrent en effet une marge d'interprétation relativement large[5]. Ces limites poreuses présentent l'avantage d'ouvrir la porte à divers développements, comme c'est le cas par exemple face aux nouvelles technologies, qui poussent à une reconsidération du sens habituellement donné aux notions précitées. La flexibilité de la fiction légale en droit d'auteur se heurte toutefois à la rigueur des dispositions de la loi en la matière quant aux buts poursuivis et aux objets protégés. § 5

La présente recherche est centrée sur l'œuvre dérivée, telle que définie à l'art. 3 al. 1 LDA, à savoir que « [p]ar œuvre dérivée, on entend toute création de l'esprit qui a un caractère individuel, mais qui a été conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes reconnaissables dans leur caractère individuel ». Il peut s'agir, par exemple, d'une traduction ou d'un roman adapté à l'écran[6]. Si le libellé de l'art. 3 al. 1 LDA est certes clair, l'existence de l'œuvre dérivée est principalement fondée sur des notions *a priori* évolutives – soit, plus exactement, qui pourraient à l'heure actuelle inclure de nouveaux cas de figure – telles que, comme évoqué ci-avant, l'« individualité » ou encore l'« atteinte à l'intégrité » de l'œuvre, selon l'art. 11 LDA. L'œuvre dérivée se distinguant précisément par le fait qu'elle *dérive* de différents éléments préexistants, y compris de nature virtuelle, il nous paraît fondamental de nous interroger sur l'application de cet objet de la loi fédérale sur le droit d'auteur dans le contexte du numérique, en tant que *résultat* de processus créatifs innovants. En particulier, contrairement aux autres œuvres protégées par le droit d'auteur, qui supposent toujours une tension entre l'auteur d'une œuvre et la per- § 6

5 MEZEI, Copyright Exhaustion, p. 7.

6 BARRELET/EGLOFF, art. 3 N 9 et 10.

sonne qui en fait usage, la création d'une œuvre dérivée implique une tension entre un auteur originaire et un ou plusieurs autres auteurs secondaires[7]. Il en découle que l'usage de l'œuvre primaire protégée fait partie du processus créatif permettant la naissance de l'œuvre secondaire. Cette configuration suppose une articulation particulière entre, d'une part, la revendication des droits exclusifs des auteurs concernés, et d'autre part, l'application des exceptions qui peuvent être soulevées en cas d'usage litigieux de l'œuvre originaire par l'auteur de l'œuvre dérivée. Dans le présent travail, nous nous posons la question de savoir si cette articulation trouve également à s'appliquer dans l'environnement numérique, et si tel est le cas, sous quelle forme l'œuvre dérivée *virtuelle* ainsi créée peut exister. Cette réflexion nous amène également à nous interroger sur la protection qui peut lui être accordée ainsi qu'aux droits exclusifs qui en découlent dans ce contexte.

Chapitre 2 : Structure de la recherche

§ 7 Notre recherche se divise en trois parties ; dans un premier temps (**Première Partie**), nous examinons l'œuvre dérivée dans l'environnement analogique, soit telle qu'elle a existé jusqu'à ce jour. Pour ce faire, nous adoptons une approche comparative opposant le paradigme européen – d'abord du point de vue des législations nationales (**Chapitre 1**), puis sous l'angle du droit d'auteur harmonisé au niveau continental (**Chapitre 2**) – au paradigme américain du droit d'auteur (**Chapitre 3**), avant d'en souligner les points forts et les lacunes de part et d'autre au moyen d'une analyse détaillée (**Chapitre 4**). Le but de cette perspective de droit comparé est d'exposer les systèmes étrangers en matière de droit d'auteur présentant des différences notables avec le cadre juridique suisse et d'en souligner les influences possibles sur l'existence et la protection des œuvres dérivées. S'agissant du panorama des législations européennes, nous n'avons volontairement sélectionné que celles qui présentent des spécificités particulières permettant d'établir des distinctions claires et pertinentes aux fins de notre recherche. Bien que leurs développements soient tout autant significatifs dans le domaine du droit d'auteur, nous avons également volontairement exclu les législations d'Afrique et d'Asie, afin de limiter l'étendue de notre étude intercontinentale.

§ 8 Dans une seconde partie (**Deuxième Partie**), nous abordons l'examen de l'œuvre dérivée dans le contexte du numérique à la lumière des éléments

7 RACHUM-TWAIG, p. 1.

tirés de notre mise en perspective comparative. À cet effet, après un état des lieux actuel du sujet (**Chapitre 1**), nous examinons les formes d'œuvres dérivées existant potentiellement dans le monde numérique, en suivant une chronologie s'écoulant du Web 1.0 à ce jour, à travers un certain nombre de cas de figure. Ainsi, nous nous interrogeons sur la possible identification des œuvres dérivées dans le contexte des hyperliens, de la fouille de données ou encore de l'intelligence artificielle (ci-après : IA) (**Chapitre 2**). Seuls les outils offrant une forme de créativité pouvant être mise en lien avec le droit d'auteur et l'existence des œuvres dérivées ont fait l'objet de notre analyse, à l'exclusion des nouvelles plateformes de communication, des outils de stockage ou encore de gestion de contenus, par exemple. Cette seconde étape de notre réflexion a pour objectif de donner corps à notre problématique, à savoir d'identifier les formes d'œuvres dérivées existant à ce jour et de déterminer si le droit d'auteur tel qu'il existe aujourd'hui permet d'assurer leur protection de manière efficace.

Finalement, une dernière partie est consacrée à l'avenir de l'œuvre dérivée en droit suisse sur la base des réflexions ressortant des chapitres précédents (**Troisième Partie**). En particulier, elle vise à souligner les objectifs qu'il convient de poursuivre sur le long terme, notamment la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits dont bénéficient les auteurs originaires d'une part, et la favorisation de l'innovation d'autre part (**Chapitre 1**). Nous sommes en effet d'avis que si l'objectif principal du droit d'auteur est certes de protéger les droits des auteurs existants, il doit également assurer le fonctionnement d'un mécanisme qui ne freine pas l'évolution de la notion de créativité, en faveur des nouveaux auteurs de demain. Cette dernière partie de notre travail tend également à apporter des éléments de réponses à notre problématique quant à la façon d'améliorer le droit d'auteur suisse au regard des avancées technologiques (**Chapitre 2**). § 9

Notre conclusion met en commun les apports des différentes parties de notre travail et en souligne les points saillants (**Chapitres 1 et 2**) avant d'ouvrir la voie à d'autres réflexions touchant au droit d'auteur et au numérique (**Chapitre 3**). § 10

Première Partie :
L’œuvre dérivée à l’ère analogique

Chapitre 1 :
La notion d'œuvre dérivée à l'ère analogique : approche européenne

I. Le paradigme européen du droit d'auteur

Pour saisir au mieux les enjeux qui entourent l'œuvre dérivée, il convient dans un premier temps d'exposer les différents environnements juridiques dans lesquelles elle peut naître et évoluer, à commencer par le cadre européen. Ces distinctions nous semblent déterminantes dans la mesure où l'existence même de l'œuvre dérivée en dépend. § 11

Le propre du paradigme européen est son paradoxe entre d'une part, une conception du droit d'auteur globalement commune à tout le continent, et d'autre part, des nuances subtiles mais très évidentes ancrées dans certains systèmes juridiques nationaux. Ainsi, malgré une similarité apparente, qui s'oppose, comme nous le verrons, à la vision qui prédomine de l'autre côté de l'Atlantique, nous constatons d'ores et déjà une forme de diversité parmi les pays européens (en particulier entre ceux de *« civil law »* et de *« common law »*, dont les concepts légaux divergent[8]) quant à l'interprétation donnée aux normes applicables aux œuvres et à leur utilisation[9]. En particulier, si les prérogatives que le droit d'auteur accorde à celui-ci ne changent pas fondamentalement d'une législation à une autre, le régime des exceptions aux droits conférés à l'auteur présente quant à lui une certaine variété selon les pays[10]. § 12

A. La valeur du droit moral

Selon l'approche continentale, l'auteur de l'œuvre est l'élément central autour duquel se construit la structure juridique du droit d'auteur. En effet, pour illustrer cette vision, nous pourrions dire que « l'œuvre est d'abord le miroir de l'âme avant d'être reproduction d'objets donnés »[11]. Dans le paradigme européen, la valeur donnée à la relation entre la personne de l'auteur et sa création § 13

8 HUGENHOLTZ/SENFTLEBEN, p. 6.

9 SIRINELLI, p. 151.

10 DUSOLLIER, p. 427.

11 BUYDENS, p. 15.

est telle que l'on parle parfois de vision « romantique »[12], « humaniste »[13] ou encore « personnaliste »[14] du droit d'auteur. Le droit moral vise précisément à préserver ce lien ; à ce titre, il offre à l'auteur des prérogatives telles que le droit d'être mentionné comme auteur (soit le droit à la paternité de l'œuvre) ou le droit de s'opposer à la déformation de l'œuvre (à savoir le droit à l'intégrité de l'œuvre)[15]. En effet, l'évolution du droit moral doit être mise en relation avec celle des droits de la personnalité (dont la protection en droit suisse découle notamment de l'art. 28 du Code civil suisse[16] ; ci-après : CC), le premier constituant un aspect des seconds[17]. Ce lien fait sens dans la mesure où le droit d'auteur est conçu pour protéger les intérêts personnels du créateur d'une œuvre et que le droit moral s'éteint au décès de ce dernier[18].

§ 14 Cette interprétation est partagée par le droit français, au sujet duquel BERTRAND écrit que « de par son caractère de droit de la personnalité, le droit français a mis l'auteur sur un piédestal en lui octroyant des droits exorbitants, notamment par la reconnaissance de droits moraux 'imprescriptibles et inaliénables' »[19]. De manière semblable, le législateur belge accorde à l'auteur un « pouvoir discrétionnaire et absolu », qu'on peut qualifier de véritable monopole de l'auteur[20]. Par ailleurs, la proximité du droit moral et du concept général de droit de la personnalité peut se voir, selon les législations nationales, consolidée de par leur nature communément constitutionnelle. C'est le cas par exemple en Allemagne, ou ces deux prérogatives bénéficient de la protection de la dignité humaine et du droit au libre épanouissement de la personnalité au sens de la Loi fondamentale allemande[21].

§ 15 Le système juridique anglais, quant à lui, offre une protection plus faible des droits moraux de l'auteur en comparaison avec ses voisins européens. Ce constat s'illustre notamment par l'introduction tardive (seulement en 1988) des droits moraux dans la législation y relative, le *Copyright, Designs and*

12 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 10.

13 BERTRAND, N 101.52.

14 BUYDENS, p. 23.

15 DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, pp. 217-219.

16 Code civil suisse du 19 décembre 1907, RS 210.

17 BRAUN, p. 41 ; le droit moral a été consacré en tant que tel dans la nouvelle loi sur le droit d'auteur de 1992. Avant cela, l'auteur pouvait se fonder sur les art. 28 ss CC (BRAUN, p. 71).

18 CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*, pp. 37-38.

19 BERTRAND, N 101.51.

20 BERENBOOM, 2ème éd., p. 38.

21 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (23 mai 1949) ; NÉRISSON, p. 22.

Patents Act[22] (ci-après : CDPA), qui témoigne donc d'une approche moins rigoureuse que dans les pays civilistes continentaux, où une telle disposition est inscrite dans leur loi sur le droit d'auteur respective depuis plus longtemps. En outre, le législateur britannique a interprété le droit à l'intégrité de l'œuvre tiré de l'art. 6[bis] de la Convention de Berne[23] de manière plus restrictive[24], contrairement aux pays voisins. Mais la vision du Royaume-Uni vis-à-vis du droit moral n'est pas non plus complètement similaire à celle, nous le verrons, plus restrictive encore, des États-Unis[25].

§ 16 Aux côtés des droits moraux, les droits patrimoniaux font également partie intégrante du droit d'auteur. De par leur nature économique, les seconds peuvent être perçus comme des variants des premiers, favorisant un autre type d'intérêts ; ils se rapportent à l'exploitation de l'œuvre et à des attributs qui permettront à l'auteur de percevoir une rémunération[26]. À cet égard, deux théories opposées sont discutées dans la doctrine de plusieurs pays européens : il s'agit des visions moniste et dualiste du droit d'auteur.

§ 17 La conception moniste ou unitaire conçoit le droit d'auteur comme un seul ensemble de droits moraux et patrimoniaux indissociable, mais dont les premiers seraient la source de toutes les prérogatives dont bénéficie l'auteur, celles de nature patrimoniale inclues. C'est notamment l'approche minoritaire qui prévaut en Allemagne, en Autriche et en Croatie[27]. Le régime dualiste, davantage répandu, se caractérise quant à lui par une claire distinction des droits moraux, associés aux droits de la personnalité, et patrimoniaux, dans la mesure où le monopole d'exploitation constitue une forme particulière de droit de la propriété. Leurs attributs sont donc traités de manière indépendante les uns des autres[28]. La vision française en est un exemple, mais sa pertinence demeure sujette à débats ; certains auteurs estiment en effet que toutes les situations ne permettent pas de séparer aussi nettement les prérogatives patrimoniales et non-patrimoniales, qui seraient en réalité intrinsèquement imbriquées[29]. Il en va de même pour ce qui est du droit suisse, qui

22 *Copyright, Designs and Patents Act 1988* ; KHERIA/DEGLAIRE, p. 171.

23 Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 24 juillet 1971, RS 0.231.15.

24 BROWN-PEDERSEN, p. 128 ; cf. *infra* § 99 ss.

25 Cf. *infra* § 141 ss.

26 CARON, p. 277.

27 LUCAS-SCHLOETTER, *Rapport général : le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur*, p. 51 ; NÉRISSON, p. 20.

28 NÉRISSON, p. 23.

29 BERTRAND, N 101.67.

ne permet pas de déceler une vision moniste ou dualiste tranchée[30]. CHERPILLOD donne à cet effet l'exemple du droit de divulgation (art. 9 al. 2 LDA), qui « revêt à l'évidence un aspect à la fois patrimonial et moral : le droit d'exploiter l'œuvre lui est subordonné – aspect patrimonial – mais il protège aussi l'auteur désireux de ne pas livrer sa création au public – aspect moral »[31]. Il convient également de relever que l'exploitation économique d'une œuvre n'a pas pour seul but de servir les intérêts de l'auteur sous la forme d'une rémunération, mais également de lui en garantir les « fruits intellectuels » tels que l'honneur ou la reconnaissance en tant qu'auteur, qui ne sont pas négligeables[32]. Ainsi, la frontière n'est pas si nette et une possible alternative serait de concevoir le droit d'auteur comme un « faisceau de prérogatives » liées les unes aux autres[33].

§ 18 L'intérêt, selon nous, de mettre l'accent sur cette dichotomie entre les concepts de droits moraux et droits patrimoniaux, ou au contraire sur leur caractère complémentaire, réside précisément dans ce paradoxe. En effet, ces droits sont unanimement appréhendés en tant que composantes du droit d'auteur, mais pas toujours selon la même mise en balance. La législation respective y relative de chaque pays européen sera le reflet de la vision – moniste ou dualiste – adoptée ou favorisée par l'état en question, et les règles applicables aux attributs de l'auteur ne seront en effet pas les mêmes selon qu'il s'agit de droits patrimoniaux ou moraux[34] et selon que leur équilibre est régi par l'une ou l'autre des approches. En d'autres termes, le système moniste pourrait par exemple faire davantage pencher la balance en faveur d'une protection plus large des droits moraux, tandis qu'un système dualiste, de par la scission qu'il opère, pourrait prendre davantage en compte les droits patrimoniaux[35].

§ 19 En outre, le droit moral lui-même bénéficie d'interprétations différentes en fonction du système légal qui le régit, à savoir la *civil law* ou la *common law*, et ce en raison des ancrages conceptuels qui sous-tendent le cadre légal en matière de droit d'auteur, respectivement de *« copyright »*[36].

§ 20 De manière plus générale, nous pourrions en déduire que la nature de l'approche mise en avant exerce une influence sur le système de droit d'auteur dans son ensemble. Ainsi, malgré les quelques nuances exposées, nous

30 BRAUN, p. 44.

31 CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*, p. 38.

32 NÉRISSON, p. 23.

33 CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*, p. 38.

34 BRAUN, p. 44.

35 Nous précisons que les conclusions hypothétiques formulées dans ce paragraphe visent à illustrer l'impact pratique de notre réflexion.

36 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, N 6 et 7.

constatons que le paradigme européen du droit d'auteur, en particulier celui existant dans les pays civilistes ayant adopté un système moniste, permet de donner davantage de poids au droit moral dans la mesure où les intérêts personnels de l'auteur, en tant que créateur de l'œuvre, sont nettement mis en avant. Nous pouvons donc avancer, sous un angle conceptuel, que le juridique prévaut sur l'économique[37], ce qui n'est pas le cas d'autres systèmes étrangers en la matière tel que le *copyright*.

B. Les enjeux en lien avec l'œuvre dérivée

§ 21 L'œuvre dérivée, en tant que nouvelle création de l'esprit dotée d'un caractère individuel conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes[38], est également concernée par les développements qui précèdent. Tel que relevé, l'auteur de l'œuvre originaire dispose de droits exclusifs, parmi lesquels figure notamment le droit à l'intégrité de l'œuvre au sens de l'art. 11 LDA, dont l'al. 1 let. b lui permet de décider si et dans quelle mesure son œuvre peut être utilisée pour la création d'une œuvre dérivée[39]. L'existence même de cette dernière dépend donc de l'autorisation ou de l'interdiction de l'auteur[40].

§ 22 Le rôle prépondérant accordé au droit moral dans les différentes législations européennes prend ici tous son sens. Pour certains auteurs très attachés à leurs créations, « la valeur [de celles-ci] serait menacée par la possibilité laissée à son acquéreur [ou dans notre cas, par l'auteur de l'œuvre dérivée potentielle] de la transformer sans autorisation »[41]. Ainsi, il leur semblerait *a priori* préférable de n'accorder leur autorisation que de manière restrictive. Le droit moral, de ce point de vue, « peut constituer une menace pour l'exploitation de l'œuvre sous sa forme (…) dérivée »[42]. Il en découle que l'intensité du lien entre l'auteur et son œuvre originaire, ainsi que l'application restrictive des exceptions aux droits exclusifs qui en résulte, caractéristiques du paradigme européen du droit d'auteur, seront décisives quant à l'existence ou l'inexistence de l'œuvre dérivée.

§ 23 Afin de mieux cibler la nature de l'œuvre dérivée dans l'approche continentale et d'illustrer notre réflexion, il convient de procéder au survol d'une sélection de systèmes européens de droit d'auteur qui nous paraissent pertinents et de leurs règles applicables en la matière.

37 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 9.

38 DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, p. 290.

39 REHBINDER/VIGANÒ, art. 11 N 7.

40 CARRON/KRAUS/FÉROLLES/KRÜSI, p. 82.

41 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 12.

42 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 13.

II. Le droit d'auteur suisse

A. Terminologie

§ 24 La notion d'œuvre dérivée et les enjeux la concernant ne peuvent être correctement appréhendés qu'en mettant leur contexte suffisamment en évidence. Il convient dès lors de procéder à un rappel du lexique en matière de droit d'auteur en Suisse, qui sera également utilisé pour les autres législations nationales analysées par la suite.

1. L'œuvre protégée

a. La notion d'œuvre protégée

§ 25 L'art. 1er al. 1 LDA protège les œuvres dites littéraires ou artistiques, ces expressions devant être interprétées de manière large. Les critères d'ordre esthétique ne sont pas pertinents au regard de la protection légale[43]. Pour bénéficier de celle-ci, encore faut-il que l'œuvre soit protégeable, à savoir qu'elle puisse être qualifiée comme telle au sens de l'art. 2 LDA.

§ 26 L'œuvre protégée se définit, selon cette dernière disposition, comme « toute création, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel »[44]. Ainsi, le caractère individuel permet de fonder la protection de l'œuvre[45]. L'al. 2 expose une liste non exhaustive de créations pouvant revêtir la qualité d'œuvres protégées. Il convient également de préciser que le droit d'auteur ne porte pas sur le support matériel de l'œuvre, mais bien sur la création de l'esprit ; ainsi, même si elle doit être perceptible aux sens, elle est de nature immatérielle[46].

§ 27 La jurisprudence constante du Tribunal fédéral précise en outre que l'œuvre protégée doit être « une création originale de l'esprit, incorporant une idée créatrice ou contenant l'expression personnelle d'une pensée »[47]. Les critères de création et d'originalité qui s'en dégagent offrent une marge de manœuvre relativement large quant à leur interprétation[48].

§ 28 La Haute Cour, par le choix de ces termes, semble souligner l'importance du caractère personnel ou individuel de l'œuvre[49]. Il s'agit selon nous de l'expression, intégrée dans le droit d'auteur suisse, du paradigme européen tel que décrit plus haut, mettant l'accent sur la relation entre l'auteur et son œuvre

43 DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, p. 42.

44 Art. 2 al. 1 LDA.

45 REHBINDER, p. 53.

46 CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*, p. 13.

47 ATF 105 II 297, c. 3.

48 CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*, p. 12.

49 CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*, p. 12 ; DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, p. 44.

et, de ce fait, sur la valeur des droits moraux. Le titre de la première section du Chapitre 3 Titre 2 de la LDA, « Relation entre l'auteur et son œuvre », évoque également, à notre sens, l'approche continentale.

b. Les prérogatives étendues de l'auteur

L'auteur de l'œuvre protégée se voit conférer un droit exclusif sur son œuvre et à la reconnaissance de la qualité d'auteur au sens de l'art. 9 al. 1 LDA. Ce droit est absolu et ainsi opposable à tout le monde. Cette protection recouvre tant la relation personnelle qu'intellectuelle avec son œuvre[50]. § 29

Le droit d'auteur présente une double nature de par sa similarité avec les droits de propriété réglés dans le Code civil aux termes de l'art. 641 CC : il confère à son titulaire à la fois un droit de disposition et un droit défensif lui permettant d'exclure l'utilisation de l'œuvre par des tiers[51]. § 30

Comme déjà évoqué précédemment, le droit d'auteur, en tant que droit de disposition, comprend deux volets : les droits patrimoniaux et les droits moraux. Les premiers offrent à l'auteur des prérogatives relatives à l'usage qui est fait de l'œuvre, énumérées à l'art. 10 al. 2 LDA. En d'autres termes, ils lui permettent de décider si, quand et de quelle manière son œuvre peut être utilisée[52], conformément à l'art. 10 al. 1 LDA. Ces droits d'utilisation revêtent avant tout un caractère patrimonial, mais présentent également une composante d'ordre idéal dans la mesure où l'auteur peut s'opposer à une utilisation de son œuvre qu'il n'approuverait pas[53]. À cet égard, nous relevons une fois de plus que, s'agissant du droit suisse, la frontière entre les droits patrimoniaux et les droits moraux demeure poreuse. Ces derniers recouvrent quant à eux le droit à la reconnaissance de la qualité d'auteur au sens de l'art. 9 LDA, le droit de divulgation aux termes de l'al. 2 de cette même disposition, ainsi que le droit à l'intégrité de l'œuvre qui est réglée à l'art. 11 LDA[54]. § 31

c. La place du droit moral

L'ensemble de ces droits exclusifs confèrent donc à l'auteur de l'œuvre une marge de manœuvre importante, en ce sens que, grâce à eux, il est en droit de s'opposer à toute forme d'utilisation, divulgation ou usurpation (pour ne prendre que quelques exemples) qui ne lui convient pas[55]. La valeur des droits § 32

50 REHBINDER, p. 144.

51 CARRON/KRAUS/FÉROLLES/KRÜSI, p. 77.

52 Art. 10 al. 1 LDA.

53 CARRON/KRAUS/FÉROLLES/KRÜSI, pp. 90-91.

54 CARRON/KRAUS/FÉROLLES/KRÜSI, p. 78.

55 CARRON/KRAUS/FÉROLLES/KRÜSI, p. 91.

exclusifs est d'autant plus importante que le droit moral prévaut en Suisse, et que la relation entre l'auteur et son œuvre est privilégiée.

§ 33 Ce constat est déterminant pour notre étude dans la mesure où, au regard du droit à l'intégrité de l'œuvre en particulier, l'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être modifiée ainsi que si, quand et de quelle manière elle peut être utilisée pour la création d'une œuvre dérivée[56], selon l'art 11 al. 1 let. a et b LDA. Il convient de souligner ici l'articulation délicate évoquée auparavant entre les prérogatives étendues de l'auteur et la création même de l'œuvre dérivée.

2. L'œuvre dérivée

a. La notion d'œuvre dérivée

§ 34 Les adaptations, les traductions, les recueils ou encore les nouvelles versions d'œuvres préexistantes constituent *a priori* des œuvres dérivées de celles-ci[57], aussi appelées « œuvres de seconde main »[58]. Il ne faut toutefois pas les confondre avec les simples œuvres inspirées d'une autre ; en effet, pour que la qualité d'œuvre dérivée puisse être retenue, on doit retrouver les traits individuels tirés de l'œuvre préexistante dans la nouvelle création. Une simple imitation d'un style, par exemple, ne peut donc pas constituer une œuvre dérivée[59]. Ainsi, pour pouvoir être protégée par le droit d'auteur, l'œuvre dérivée doit présenter une individualité qui lui est propre[60].

§ 35 L'art. 3 LDA est consacré aux œuvres dérivées. Elles y sont définies comme « toute création de l'esprit qui a un caractère individuel, mais qui a été conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes reconnaissables dans leur caractère individuel »[61]. La première partie de la phrase évoque la notion d'œuvre de l'art. 2 al. 1 LDA ; l'œuvre dérivée doit en effet répondre aux mêmes critères que n'importe quelle autre création artistique ou littéraire pour pouvoir être qualifiée comme telle et bénéficier d'une protection. Ainsi, il doit également y avoir une activité de l'esprit indépendante ; la valeur ou la destination de l'œuvre dérivée ne sont quant à elles pas déterminantes[62]. La seconde moitié de l'art. 3 al. 1 LDA indique que les œuvres préexistantes doivent être protégées dans leur individualité[63].

56 Art 11 al. 1 let. a et b LDA.
57 BARRELET/EGLOFF, art. 3 N 9 à 11.
58 BARRELET/EGLOFF, art. 3 N 2.
59 DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, p. 289.
60 CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*, pp. 26-27.
61 Art. 3 al. 1 LDA.
62 BARRELET/EGLOFF, art. 3 N 3.
63 REHBINDER, p. 105.

b. La nécessité d'une autorisation

§ 36 Si l'œuvre dérivée peut théoriquement être protégée, la protection des œuvres préexistantes demeure toutefois réservée[64]. Comme nous l'avons déjà exposé plus haut, l'art. 11 al. 1 let. b et al. 2 LDA, disposition qui offre à l'auteur le droit exclusif à l'intégrité de l'œuvre, lui permet en outre de décider dans quelle mesure son œuvre peut être utilisée dans le but de créer une œuvre dérivée, ou de tout simplement s'y opposer. Il en découle que pour pouvoir donner vie à une œuvre dérivée et l'exploiter, et à condition que l'œuvre préexistante dont les éléments reconnaissables ont été empruntés soit protégée, il est nécessaire d'obtenir l'autorisation de l'auteur de ladite œuvre préexistante. Il en va de même pour une tierce personne qui souhaite exploiter l'œuvre dérivée ; il lui faudra en effet obtenir les autorisations tant du titulaire des droits d'auteur portant sur l'œuvre dérivée que de l'auteur de l'œuvre originaire[65].

§ 37 Il convient toutefois de préciser que dans le cas où l'œuvre préexistante tombe dans le domaine public, le titulaire des droits sur l'œuvre dérivée ne sera dès lors plus sous la contrainte de l'obtention d'une autorisation du titulaire de l'œuvre originaire pour permettre l'exploitation de son œuvre ; dans un tel cas, il sera en effet libre d'en faire ce que bon lui semble[66].

§ 38 Ce système d'autorisation est caractéristique du droit d'auteur suisse et, de manière plus générale, du paradigme européen. Il reflète en effet très nettement la valeur de la relation privilégiée auteur-œuvre y relative et la nature restrictive de la création d'œuvres dérivées qui lui est propre. L'art. 11 al. 2 LDA évoque en effet expressément ce qu'on peut qualifier de « noyau dur du droit moral »[67]. L'autorisation est l'outil qui permet à l'auteur de l'œuvre préexistante de préserver l'intégrité de son œuvre, son essence, et par voie de conséquence, de limiter l'existence des œuvres dérivées au nom d'un droit moral supérieur. BUYDENS explique à ce titre, en parlant du droit moral en Europe, que « défigurer le visage que l'artiste a voulu transmettre au public, et qu'il a déposé en son œuvre, est bien plus grave que de lui dérober une valeur patrimoniale. Se l'approprier, ou l'utiliser sans son autorisation, c'est non seulement lui causer un dommage matériel, mais c'est aussi porter atteinte au droit que cette personne a de contrôler ce en quoi elle a infusé sa substance même »[68]. Le cadre juridique suisse ne s'éloigne pas beaucoup de cette réflexion.

64 DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, p. 291.

65 CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*, p. 27 ; ATF 67 II 59, p. 61.

66 DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, p. 290.

67 BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 17.

68 BUYDENS, p. 25.

c. Le système d'exceptions

i) Généralités

§ 39 La nature limitative des règles relatives aux œuvres dérivées dans le droit d'auteur suisse est compensée, dans une certaine mesure, par l'existence d'un système d'exceptions aux droits exclusifs de l'auteur, notamment au droit à l'intégrité de l'œuvre. En effet, un tiers souhaitant utiliser une œuvre originaire sans souffrir de la contrainte de l'autorisation préalable de son auteur pourra le faire si les conditions d'une exception sont dûment remplies, et dans le respect des limites prévues par la loi[69].

§ 40 Ces restrictions aux prérogatives conférées à l'auteur se justifient par la nécessité d'établir un équilibre entre le droit de propriété (en l'espèce intellectuelle) des titulaires des droits exclusifs et l'intérêt public à autoriser certaines utilisations d'œuvres par des tiers. Plus particulièrement, il s'agit d'une balance des intérêts entre, d'une part, ceux des auteurs souhaitant décider de l'utilisation de leurs œuvres et pouvoir en tirer une juste rémunération, et d'autre part, les intérêts des personnes souhaitant utiliser ces œuvres ainsi que la volonté de promouvoir le progrès scientifique et le développement culturel, social et économique[70]. De manière générale, le droit d'auteur n'est pas absolu et demeure soumis aux impératifs de la vie en société[71].

§ 41 À cet égard, certains auteurs de doctrine estiment que les exceptions au droit d'auteur sont de nature impérative, alors que d'autres considèrent qu'une dérogation peut être prévue contractuellement[72], ce qui dénote, à notre sens, d'un souhait d'offrir une certaine souplesse en la matière. Une partie minoritaire de la doctrine estime par ailleurs qu'il convient de rejeter le principe selon lequel les exceptions au droit d'auteur doivent être interprétées de manière restrictive[73] ; cette position est toutefois sujette à controverse[74]. Il en va de même du principe prônant une interprétation des dispositions du droit d'auteur dans l'intérêt de l'auteur en cas de doute[75].

§ 42 S'inspirant de la réglementation internationale traitant des restrictions aux droits exclusifs de l'auteur ancrée aux art. 9 § 2 de la Convention de Berne et 13 de l'Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce (ci-après : OMC) sur

69 ANTREASYAN, p. 276.

70 REUSSER, pp. 75-76.

71 BARRELET/EGLOFF, R.P. art. 19-28, N 1.

72 ANTREASYAN, p. 276.

73 REUSSER, pp. 77.

74 REHBINDER/VIGANÒ, art. 19 N 8.

75 REUSSER, p. 78.

les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce[76] (ci-après : ADPIC), conventions auxquelles elle est partie, la Suisse se doit d'établir un cadre législatif interne qui respecte ces dispositions et qui soit interprété conformément au droit international[77].

§ 43 Les exceptions aux droits exclusifs dans le droit d'auteur suisse, comme dans la plupart des autres systèmes juridiques européens en la matière, prennent la forme d'une liste détaillée que l'on retrouve principalement au Chapitre 5 du Titre 2 de la LDA. Elles sont interprétées de manière stricte (malgré l'avis contraire de certains auteurs de doctrine mentionnés ci-avant), ce qui limite l'autonomie de la jurisprudence dans la détermination de leur étendue[78].

§ 44 Il n'existe pas d'exception spécifique aux œuvres dérivées en général ; les auteurs de ces dernières ne peuvent en principe pas échapper à la nécessité d'obtenir l'autorisation de l'auteur de l'œuvre préexistante dont les traits individuels sont repris en amont de son exploitation. À cet égard, la possibilité d'envisager l'adoption d'une restriction dans le cadre juridique suisse du droit d'auteur, sous forme de disposition ou de critère jurisprudentiel permettant de couvrir un large éventail d'œuvres dérivées, et qui serait bien entendu soumise à des conditions particulières, est l'une des questions de départ de notre travail.

§ 45 Nous allons à présent nous intéresser à une exception au droit d'auteur actuellement établie en droit suisse qui concerne plus particulièrement un certain type d'œuvre dérivée.

ii) La parodie

§ 46 Les exceptions générales aux droits conférés à l'auteur d'une œuvre protégée sont listées aux art. 19 à 28 LDA, qui réunissent notamment l'utilisation de l'œuvre à des fins privées, les reproductions provisoires, ou encore le droit de citation[79].

§ 47 S'agissant des restrictions se rapportant plus spécifiquement aux œuvres dérivées, la plus courante est la parodie. Cette exception est prévue à l'art. 11 al. 3 LDA en ces termes : « L'utilisation d'œuvres existantes pour la création de parodies ou d'imitations analogues est licite ». Il s'agit donc bien d'une dérogation à la protection *a priori* absolue dont bénéficient les auteurs de l'œuvre

76 Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, RS 0.623.20.

77 ANTREASYAN, p. 277.

78 STROWEL, *Droit d'auteur et accès à l'information*, p. 15.

79 Art. 19 à 28 LDA.

originaire[80], qui a pour but de protéger la satire, à savoir la « représentation burlesque d'une œuvre existante à des fins de critique »[81]. L'exception englobe par ailleurs tous les genres de parodies[82].

§ 48 Pour bénéficier de cette dernière, la création parodique doit ainsi remplir deux conditions. Premièrement, elle doit emprunter des éléments caractéristiques de l'œuvre préalable, cette dernière devant toutefois demeurer reconnaissable[83]. Afin de pouvoir être qualifiée d'œuvre dérivée, la parodie doit revêtir une certaine individualité[84], critère qui ressort de l'art. 2 LDA exposé plus haut[85].

§ 49 La deuxième condition suppose que la nouvelle œuvre puisse être qualifiée de parodie (au sens étroit) ou d'imitation analogue. Ainsi, la nature humoristique de l'utilisation de l'œuvre originaire doit être évidente[86]. Le but n'est donc pas de nuire à l'auteur de l'œuvre préexistante, sous la pulsion de la jalousie, de la méchanceté ou de l'appât du gain, mais bien de faire rire[87]. De manière générale, l'exception de la parodie vise à protéger la liberté d'opinion et d'expression consacrée par l'art. 16 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse[88] ; l'intérêt digne de protection qui en découle serait mis à mal si l'auteur exerçait de manière abusif son droit moral à l'intégrité de l'œuvre, ou si l'auteur d'une parodie se voyait contraint de solliciter à chaque fois l'autorisation de l'auteur, auquel cas il aurait par ailleurs des difficultés à l'obtenir[89].

§ 50 Il existe donc un lien apparent entre la parodie et l'œuvre dérivée, dans la mesure où la première n'est qu'une version littéraire et burlesque de la seconde[90]. Cela soulève à nouveau la question de l'intérêt qu'il y aurait à créer une exception plus large, permettant d'englober d'autres formes – notamment innovantes – d'œuvres dérivées et dont le champ d'application ne serait pas aussi restreint que celui de l'art. 11 al. 3 LDA.

80 DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, p. 292.
81 ANTREASYAN, p. 284.
82 DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, p. 282.
83 BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 21 ; CJUE, *Deckmyn*, C-201/13 (3 septembre 2014), § 20.
84 ANTREASYAN, p. 284.
85 Cf. *supra* § 26.
86 ANTREASYAN, p. 284.
87 BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 22.
88 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.
89 BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 21.
90 BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 21.

L'exception relative aux parodies offre tout de même une certaine souplesse en incluant les « imitations analogues » qui englobent les imitations burlesques portant sur des œuvres artistiques, comme la caricature, ou sur des œuvres musicales ou audiovisuelles[91]. Les conditions applicables demeurent toutefois les mêmes que pour la parodie simple. § 51

B. Bilan

Les règles relatives aux œuvres dérivées sont à l'image du paradigme européen au sein duquel elles ont été conçues. Nous avons mis en évidence les prérogatives étendues de l'auteur de l'œuvre préexistante et le caractère restrictif du système d'exceptions aux droits exclusifs qui lui sont conférés, ainsi que l'impact que ces éléments peuvent avoir sur la création d'œuvres dérivées. En lien avec sa nature de composante du droit d'auteur et de son équilibre avec les droits patrimoniaux, il convient de relever que dans le contexte suisse, le droit moral pèse lourd dans la balance et permet une interprétation plutôt favorable à l'auteur de la violation de son droit à l'intégrité de l'œuvre. Nous en déduisons que le cadre juridique national est relativement strict en matière d'œuvres dérivées ; nous allons à présent examiner ce qu'il en est chez nos voisins européens. § 52

III. Le droit d'auteur français

A. Les règles applicables à l'œuvre dérivée

1. La notion d'œuvre dérivée

Le régime de l'œuvre dérivée en droit français est réglé par l'art. L 112-3 al. 1 du Code de la propriété intellectuelle[92] (ci-après : CPI) en ces termes : « 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 ». La France étant également partie à la Convention de Berne, cet article présente des similarités avec l'art. 2 § 3 de cet instrument international[93], qu'elle est tenue de respecter dans la même mesure que la Suisse. § 53

91 BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 23.

92 Code de la propriété intellectuelle français du 1er juillet 1992.

93 BERTRAND, N 104.33.

§ 54 Le droit français évoque cinq types d'œuvres dérivées, à savoir « les traductions, les abrégés et résumés, les adaptations, transformations et arrangements, les anthologies et les recueils d'œuvres, ainsi que les œuvres 'composites' »[94], ces dernières étant réglementées en particulier par l'art. L. 113-2 al. 2 CPI, qui les qualifie « [d'œuvres nouvelles auxquelles] est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière »[95]. Nous constatons que la disposition française offre une liste exemplative d'œuvres dérivées plus diverse qu'à l'art. 3 al. 2 LDA.

§ 55 Pour qu'une œuvre dérivée puisse être créée, il faut être en présence d'une œuvre préexistante et d'une œuvre nouvelle distincte, qui selon l'exigence de la Cour de cassation, doit répondre à un critère d'originalité[96], semblable à celui établi dans le droit suisse. Le droit français précise également que les deux œuvres doivent être étroitement liées, à savoir qu'il doit nécessairement y avoir une incorporation s'agissant de l'œuvre composite et une adaptation pour ce qui est de l'œuvre dérivée en général[97].

2. Les droits exclusifs de l'auteur

§ 56 L'art. L. 112-3 al. 2 CPI réserve de manière claire les droits exclusifs de l'auteur de l'œuvre originaire, en ce sens que ceux de l'auteur de l'œuvre dérivée ne peuvent pas leur porter atteinte[98]. Ainsi, l'auteur secondaire se heurte aux prérogatives de l'auteur originaire, qui sont particulièrement valorisées en droit d'auteur français[99]. De manière similaire au droit suisse, il faut préalablement que le premier obtienne l'autorisation du second[100].

§ 57 L'auteur de l'œuvre préexistante a en outre la possibilité de limiter valablement son autorisation, en acceptant par exemple l'adaptation de son œuvre pour un seul mode d'exploitation, tel que le cinéma. Il peut également décider de restreindre son accord à une période déterminée, à l'échéance de laquelle l'œuvre dérivée ne pourra plus être exploitée[101].

94 BERTRAND, N 104.36.

95 Art. L 113-2 al. 2 CPI.

96 CARON, pp. 225-226 ; Cour de cassation, Première chambre civile, 15 février 2005, pourvoi n°02-16.957.

97 CARON, p. 226.

98 BERTRAND, N 104.33.

99 CARON, p. 227.

100 BERTRAND, N 104.34 ; CARON, p. 228.

101 CARON, p. 228.

3. Le système d'exceptions

§ 58 Les exceptions aux droits exclusifs de l'auteur de l'œuvre originaire sont énumérées de manière exhaustive à l'art. L. 122-5 CPI[102]. Elles englobent notamment certaines exploitations d'œuvres ayant trait à la « copie privée », telles que les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille et les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective. S'agissant plus particulièrement des œuvres dérivées, la parodie, le pastiche et la caricature en font également partie[103], tout comme pour le droit suisse.

§ 59 Les exceptions en droit français se justifient tout d'abord par le fait qu'il n'est pas nécessaire, et par ailleurs impossible, de contrôler toutes les utilisations d'une œuvre protégée. Il s'agit ensuite de satisfaire à des intérêts liés à certaines catégories considérées comme importantes. Finalement, la favorisation de la liberté d'expression et l'incitation à la création sont également des préoccupations considérables dans le système français du droit d'auteur[104]. Nonobstant ces explications tendant vers un encouragement à la créativité, la liste des exceptions demeure toutefois très variée et exhaustive, et cadrée par des conditions d'application spécifiques. On décèle effectivement une certaine volonté de réguler autant de situations exceptionnelles que possible, comme pour ne piétiner sur les vastes droits exclusifs de l'auteur de l'œuvre originaire que dans une moindre mesure.

§ 60 Comme l'expliquent BENHAMOU et FARCHY, « la particularité du droit d'auteur est qu'il s'agit d'un droit exclusif d'autoriser l'exploitation d'une œuvre et non d'un simple droit à une rémunération »[105]. Cette affirmation met en évidence la construction du droit d'auteur en France, en particulier l'accent placé sur les systèmes d'exceptions et d'autorisation. Cela nous amène à nous interroger sur le statut du droit moral dans un tel cadre, en tant qu'il rend l'accord préalable de l'auteur de l'œuvre préexistante plus difficile à obtenir.

B. La place du droit moral

1. Généralités

§ 61 Le phénomène qui prévaut en France peut être qualifié de « dogme de l'indissolubilité du lien auteur-œuvre-utilisateur »[106], et dans notre cas, plus préci-

102 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 20.

103 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 21 ; Art. L 122-5 ch. 1, 2 et 4 CPI.

104 BENHAMOU/FARCHY, 2014, pp. 22-23.

105 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 52.

106 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 53.

sément « auteur-œuvre-auteur de l'œuvre dérivée ». Comme nous l'avons relevé plus haut, la vision personnaliste du droit d'auteur est très ancrée dans l'Hexagone. Cela s'explique notamment par la place centrale qu'occupe le droit moral dans cet État, à tel point que certains auteurs issus de pays civilistes, en particulier de la France elle-même, estiment que les diverses exceptions exposées ci-avant ne trouvent application que dans le cadre des droits d'exploitation, à savoir les droits patrimoniaux, et que le droit moral devrait quant à lui demeurer hors de portée[107].

§ 62 Sans vouloir nous aventurer dans des méandres philosophiques, il nous semble pertinent de préciser ici que la réflexion sous-jacente a son origine dans une forte réticence face à l'aliénation de l'œuvre originaire, elle-même conçue comme une manifestation du « moi », une création profondément rattachée à la personne de l'auteur. Cette représentation de l'œuvre se traduit en conséquence par une forme de droit moral quasiment inaliénable[108]. Aux yeux des praticiens du droit français, pour que le droit à l'intégrité de l'œuvre soit pleinement respecté, il n'est tout simplement pas possible de dénaturer une œuvre pour en faire une œuvre dérivée sans autorisation de l'auteur originaire[109].

2. Le système dualiste

§ 63 Une autre particularité permettant de mieux appréhender la place singulière du droit moral dans le droit français est la vision dualiste qui prévaut dans ce pays, moins marquée en droit suisse. Nous l'avons vu, ce système se caractérise par une scission des droits moraux et des droits patrimoniaux, qui sont soumis à des régimes différents[110]. Ce traitement distinct du droit moral se caractérise ici par la protection et l'importance particulières qui lui sont accordées, par opposition aux droits de nature patrimoniale. En effet, reprenant en d'autres termes ce qui a été exposé précédemment, le système d'exceptions s'applique plus aisément aux droits patrimoniaux qu'aux droits moraux, qui permettent à l'auteur de l'œuvre préexistante d'imposer de manière plus stricte le respect de son intégrité[111].

107 LUCAS-SCHLOETTER, *Rapport général : le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur*, p. 61.

108 BUYDENS, p. 32.

109 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 11.

110 Cf. *supra* § 17.

111 Cf. *supra* § 61.

3. L'impact sur l'œuvre dérivée

§ 64 En somme, il semblerait que le pouvoir conféré à l'auteur originaire d'autoriser ou d'interdire la reproduction ou l'utilisation de son œuvre soit en réalité la caractéristique principale, l'essence même du droit d'auteur français[112], à l'instar, en réalité, de la plupart des pays européens civilistes. En effet, dans un tel contexte, soit au vu de l'importance du droit moral, il est difficile pour une œuvre dérivée d'exister, au risque d'être d'emblée balayée par le refus de l'auteur de l'œuvre préexistante. Même dans le cas où l'auteur de l'œuvre de seconde main parvient à obtenir l'approbation souhaitée, ses droits pourraient demeurer largement limités[113].

§ 65 Ainsi, plus la place du droit moral est importante – comme il en va en droit français, plus les règles applicables aux œuvres dérivées sont restrictives (étant précisé que cela dépend de l'exercice que font effectivement les auteurs de leurs prérogatives). En d'autres termes, il sera plus difficile de pouvoir bénéficier d'une exception aux droits exclusifs de l'auteur de l'œuvre préexistante. Le droit français est un exemple évocateur de ce phénomène, qui pourrait d'ailleurs s'expliquer par la richesse culturelle et artistique du pays des Lumières. La législation sur le droit d'auteur rejoindrait ainsi les attentes des artistes français s'agissant de la protection de leurs œuvres, qui serait donc proportionnée à la force du lien qui les rattache à celles-ci.

IV. Le droit d'auteur allemand

A. Les règles applicables à l'œuvre dérivée

1. Généralités

§ 66 L'Allemagne possède elle aussi une loi fédérale sur le droit d'auteur : il s'agit de la *Urheberrechtsgesetz*[114] (ci-après : UrhG). Celle-ci a notamment fait l'objet d'une première réforme importante en 2003, consistant à transposer une partie de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001[115] (ci-après : Directive 2001/29/CE)[116], puis une seconde plus récemment

112 BENHAMOU/FARCHY, 2007, p. 65.

113 BERTRAND, N 104.34.

114 *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (9 septembre 1965).

115 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.

116 STÉRIN, p. 1.

en 2021 concernant la Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019[117] (ci-après : Directive 2019/790)[118].

§ 67 Le cadre légal régissant les œuvres – œuvres dérivées inclues – est globalement le même qu'en droit suisse et français[119], raison pour laquelle nous ne nous attarderons pas plus que nécessaire sur ce point. Nous précisons toutefois qu'il ne figure pas de disposition traitant de manière générale des œuvres dérivées en tant qu'œuvres protégées, comparable à l'art. 3 LDA, dans la loi sur le droit d'auteur allemand. L'art. 3 UrhG régit spécifiquement la protection des adaptations et des traductions en tant qu'œuvres indépendantes de l'œuvre originale, et l'art. 6 UrhG évoque le consentement de l'auteur de cette dernière pour permettre la publication de l'œuvre dérivée. L'art. 31 UrhG traite en outre des droits d'utilisation de l'œuvre et mentionne également la notion d'autorisation de l'auteur. Concernant la notion d'adaptation en droit d'auteur allemand, il convient d'ajouter ici que l'ancien art. 24 UrhG traitait du principe de libre utilisation, selon lequel il est possible de faire « des emprunts, certes limités, à la double condition que les éléments repris passent à l'arrière-plan de la nouvelle création et que leur caractère individuel soit 'dilué' dans l'originalité de celle-ci »[120]. L'art. 24 UrhG a été abrogé à la suite d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE)[121], qui a considéré que cette exception au droit d'auteur était incompatible avec le catalogue exhaustif d'exceptions instauré par la Directive 2001/29/CE. Ne pouvant plus exister sous la forme d'une exception, le principe de libre utilisation est désormais ancré à l'art. 23 al. 1 2ème phrase UrhG en tant que nouvelle définition de la notion d'adaptation, à savoir que « ne constitue pas une adaptation la nouvelle œuvre qui présente un 'écart suffisant' par rapport à l'œuvre utilisée »[122].

2. Le système d'exceptions

§ 68 Le système en question et ses fondements sont similaires à ceux exposés précédemment s'agissant des cadres légaux suisse et français.

117 Directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

118 WATTEAU, *La réforme du droit d'auteur allemand – Article n°5*.

119 SEILER, p. 45.

120 CHERPILLOD, *Droit d'auteur et liberté de l'art*, p. 364.

121 CJUE, *Pelham*, C-476/17 (28 juillet 2019).

122 CHERPILLOD, *Droit d'auteur et liberté de l'art*, p. 364.

La liste des exceptions au droit d'auteur allemand est particulièrement conséquente, à tout le moins en comparaison avec le droit français[123]. À titre d'exemples, les copies transitoires ou accessoires (art. 44*a* UrhG), les œuvres utilisées à des fins judiciaires et de sécurité publique (art. 45 UrhG), l'exception en faveur des personnes affectées d'un handicap (art. 45*a* UrhG), les œuvres utilisées lors de comptes rendus d'actualité (art. 48, 49 et 50 UrhG), le droit de citation (art. 51 UrhG) ou encore l'exception liée aux œuvres situées dans un lieu public (art. 59 UrhG) font parties de cette longue liste de restrictions[124]. § 69

Nous décelons là encore une volonté de règlementer une quantité importante de situations très spécifiques dans lesquelles les droits exclusifs de l'auteur pourraient se trouver restreints. § 70

B. La place du droit moral

1. Généralités

Le droit moral allemand est régi par les art. 12 à 14 UrhG, auxquels il faut ajouter les art. 25 et 42 qui règlent la sauvegarde des intérêts moraux de l'auteur[125]. § 71

Conformément à la tradition qui prévaut sur le continent européen, les prérogatives reconnues à l'auteur d'une création de l'esprit par le droit allemand incluent également le droit moral. Contrairement au système français, qui le rend incessible, inaliénable et imprescriptible, la législation allemande exige de l'auteur qu'il prouve un véritable préjudice pour pouvoir opposer son droit moral à l'intégrité[126]. En effet, les dispositions relatives aux restrictions prévues par la loi sur le droit d'auteur allemand sont appliquées selon un système graduel quant à l'intensité de l'atteinte ; l'intérêt justifiant l'exception aux droits exclusifs est d'autant plus important que l'atteinte retenue est grave[127]. § 72

Puisque l'œuvre est, une fois encore, perçue comme une manifestation de la personnalité de son auteur, les intérêts extrapatrimoniaux sont protégés au même titre que les intérêts économiques[128]. Le caractère moniste de l'ordre juridique allemand joue à cet égard un rôle particulier. § 73

123 STÉRIN, p. 1.

124 STÉRIN, pp. 1-6.

125 NÉRISSON, p. 18.

126 BERENBOOM, 3ème éd., p. 180.

127 KLEINEMENKE, p. 61.

128 LUCAS-SCHLOETTER, *Le droit moral en Allemagne*, p. 37.

2. Le système moniste

§ 74 Ainsi, le droit allemand ne définit pas les droits moraux et patrimoniaux de manière distincte. Il les considère au contraire comme indissociables, aussi bien des uns et des autres que de la personne de l'auteur[129]. Cette approche a notamment pour conséquence qu'il n'est donc pas possible, dans l'ordre juridique allemand, d'aliéner le droit d'auteur dans son ensemble. Il ne peut en effet être tout à fait détaché de l'auteur. Ainsi, à titre d'exemple, la concession de droits d'utilisation sera favorisée par rapport à la cession des droits d'exploitation[130].

3. L'impact sur l'œuvre dérivée

§ 75 La vision moniste prévalant en Allemagne, l'importance du droit moral qui en découle ainsi que ses conséquences sur l'ordre juridique de ce pays nous amènent à penser que l'œuvre dérivée se trouve, dans un tel contexte, également affectée.

§ 76 À cet égard, il a été observé, s'agissant du droit d'auteur français, que la conception dualiste permettait une application plus aisée des exceptions – lorsque les conditions sont remplies – en ce qui a trait aux droits patrimoniaux, par opposition à leur application en matière de droits moraux[131]. BUYDENS relève à ce titre que « si l'auteur peut aliéner séparément le droit de reproduire [son œuvre], cette aliénation est sans préjudice du *droit moral* de l'auteur, qui peut imposer au cessionnaire le respect strict de l'intégrité de son œuvre »[132]. Au vu de ce constat, pour augmenter ses chances de succès en cas de litige, l'utilisateur de l'œuvre aurait meilleur temps, en droit français, de faire valoir une exception relative au droit de reproduction, plutôt que de s'opposer à une atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur.

§ 77 Une telle distinction ne peut exister dans le cadre légal allemand, puisque ces deux catégories de prérogatives de l'auteur constituent un tout inséparable. Il est toutefois possible, à notre sens, de pallier ce constat par le fait que la liste d'exceptions établie dans la *Urheberrechtsgesetz*, tel qu'indiqué précédemment, est plus longue et exhaustive que celle existant dans le Code de la propriété intellectuelle français[133], conférant ainsi à l'utilisateur de l'œuvre davantage de possibilités de contrer le refus de l'auteur.

129 SCHACK, p. 146 ; SEILER, pp. 43-44 ; cf. *supra* § 17.

130 LUCAS-SCHLOETTER, *Le droit moral en Allemagne*, p. 38.

131 Cf. *supra* § 63.

132 BUYDENS, p. 32.

133 Cf. *supra* § 69.

Il convient en effet de relever que, de la même manière que le droit suisse et le droit français, l'autorisation de l'auteur est là aussi primordiale pour permettre la création d'une forme dérivée de l'œuvre originale. Ainsi, le résultat est une fois de plus le même : malgré les quelques nuances entre les approches moniste et dualiste du droit d'auteur que nous avons exposées et leurs conséquences sur les attributs de l'auteur, le lien entre celui-ci et son œuvre demeure fermement soudé et les systèmes d'autorisation et d'exceptions fortement ancrés, à la fois dans le régime français et le régime allemand. § 78

V. Le droit d'auteur belge

A. Les règles applicables à l'œuvre dérivée

1. Généralités

Le droit d'auteur belge est régi par la Loi du 30 juin 1994 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins (ci-après : loi belge sur le droit d'auteur). Son art. 1er § 1er al. 2 est rédigé en ces termes : « L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit. Ce droit comporte notamment le droit exclusif d'en autoriser l'adaptation ou la traduction ». Ainsi, l'ordre juridique belge en matière de droit d'auteur ne fait pas exception à la tradition continentale tendant à ne permettre la création d'œuvres dérivées qu'à condition d'avoir obtenu l'accord préalable de l'auteur[134]. § 79

2. Le système d'exceptions

Le droit belge en matière de droit d'auteur mentionne toutefois également un certain nombre d'usages de l'œuvre originale autorisés sans l'accord de l'auteur. Ce sont les art. 21 à 23 de la loi belge sur le droit d'auteur qui listent les restrictions aux droits exclusifs de l'auteur, parmi lesquelles la citation, le compte rendu d'événements d'actualités, les œuvres exposées dans un lieu public ainsi que la parodie, le pastiche et la caricature[135], que l'on retrouve pour la plupart dans le droit français, suisse et allemand. Ces exceptions ne trouvent bien sûr application que sous réserve de certains critères et conditions. § 80

La législation belge sur le droit d'auteur présente donc également une grande variété d'exceptions, qui nous apparaît sous forme de liste exhaustive, conformément au format qui prévaut dans le paradigme européen. § 81

134 BERENBOOM, 2ème éd., p. 108.

135 Art. 21 et 22 de la loi belge sur le droit d'auteur.

B. La place du droit moral

1. Généralités

§ 82 L'art. 1er § 2 al. 1 de la loi belge sur le droit d'auteur indique que « l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique jouit sur celle-ci d'un droit moral inaliénable ». Le texte de loi exprime à lui seul le statut particulier qu'occupe le droit moral ; le système belge met en place un véritable monopole de l'auteur[136]. Tout comme dans le cadre du droit allemand, l'auteur doit toutefois prouver un préjudice d'une certaine intensité pour faire valoir son droit moral, qui n'est donc pas aussi absolu qu'en France[137]. Cette différence a du reste été expressément relevée par le Tribunal fédéral, qui a considéré que dans le cadre de l'art. 11 al. 2 LDA, « il s'agit uniquement de se demander si une modification est attentatoire à la personnalité de l'architecte », et non pas, contrairement à ce qui est d'usage en Allemagne, et par analogie en Belgique, d'entreprendre une pesée des intérêts entre d'une part, ceux dudit architecte, et d'autre part ceux du propriétaire de son œuvre ayant procédé à la modification en cause[138].

§ 83 Sans être un exemple de monisme évident comme l'Allemagne, la législation belge a cependant aussi tendance à considérer qu'il n'est pas toujours possible d'opposer les droits moraux et les droits économiques, dans la mesure où les uns peuvent être utilisés aux fins des autres et vice-versa. Ainsi, certains auteurs estiment que le droit d'auteur « n'est pas la somme des éléments patrimoniaux et personnels, mais un droit unique, ni purement personnel, ni purement patrimonial »[139].

2. L'impact sur l'œuvre dérivée

§ 84 Le droit d'auteur belge démontre également un lien particulier entre l'auteur et son œuvre, traduit à nouveau par un octroi à l'auteur d'un droit moral consacré par la loi, bien que quelque peu atténué en comparaison avec un système tel que celui de la France, par exemple.

§ 85 Il n'en reste pas moins que l'institution de l'autorisation est bel et bien établie, ainsi que la liste exhaustive des exceptions aux droits conférés à l'auteur. Ce cadre légal national n'offre pas plus de souplesse que ses voisins exposés plus haut quant à la création d'œuvres dérivées.

136 BERENBOOM, 3ème éd., p. 46.

137 BERENBOOM, 3ème éd., p. 180.

138 ATF 142 III 387, c. 4.3.

139 STROWEL/DERCLAYE, pp. 81-82.

VI. Le droit d'auteur anglais

A. Les règles applicables à l'œuvre dérivée

1. Le « *copyright* » anglais

a. Les systèmes de « *common law* » et de « *civil law* »

§ 86 Les pays anglo-saxons, dont le Royaume-Uni, sont régis par le système juridique de la *common law*, qui se distingue de la *civil law*, sous l'empire duquel se trouvent la majorité des pays d'Europe. Ces deux systèmes divergent par leurs conceptions et principes. La particularité du droit britannique tient au fait qu'il établit deux sources du droit de valeur égale. La première est le « *statute law* », littéralement lois statutaires, soit les lois écrites introduites par le pouvoir législatif. Dans le cadre du *copyright*, il s'agit du *Copyright, Designs and Patents Act*, qui est par ailleurs la plus longue loi sur le droit d'auteur au monde. La seconde source est constituée des décisions rendues par les tribunaux anglais, qui forment ensuite un ensemble de doctrines ayant la même force légale que le *statute law*, sans avoir été approuvées par les autorités législatives compétentes. Il en résulte une source du droit à part entière que l'on qualifie de *common law*[140]. Dans le cadre de la *civil law*, la jurisprudence ne peut pas être transformée de la sorte, et bien que constituant également une source du droit, la doctrine n'occupe qu'une place secondaire après la loi et les décisions des tribunaux.

§ 87 Les normes légales existant dans un pays de *common law* ont la particularité d'être relativement précises et extensives. En effet, contrairement au *civil law*, qui se caractérise par des dispositions légales abstraites et donc sujettes à interprétation plus ou moins large, ces normes de *common law* ont davantage pour but de concrétiser ou clarifier des principes déjà établis[141]. Cette distinction joue un rôle important dans l'application des règles en matière de droit d'auteur dans l'un et dans l'autre de ces systèmes respectifs.

§ 88 Par leur scission conceptuelle, le *copyright* anglo-saxon et le droit d'auteur « traditionnel » sont souvent présentés comme étant opposés l'un à l'autre, du moins par principe[142]. La différence terminologique est déjà parlante : alors que le droit « d'auteur » se rapporte de manière évidente à ce dernier en tant « personne créatrice » à l'origine de l'œuvre, le *copyright* (soit le droit de copier ou de reproduire une œuvre) fait quant à lui référence à l'exemplaire de l'œuvre,

140 PHILLIPS/DURIE/KARET, p. 19.

141 HUGENHOLTZ/SENFTLEBEN, p. 6.

142 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 9 ; BERTRAND, N 101.50.

comme un objet en soi, et au droit qui naît de son existence[143]. Si cette comparaison fondée sur le choix des termes est assez largement répandue, elle ne fait toutefois pas l'unanimité. Certains auteurs estiment qu'en dépit de cette opposition terminologique, le *copyright* anglo-saxon ne peut être simplement réduit à un monopole d'exploitation ayant pour seul objet la protection des éditeurs[144], à savoir les personnes effectuant les copies des œuvres – par opposition aux auteurs créateurs – pour qui ce droit aurait été à l'origine conçu[145], et qu'il a également pour but de protéger les intérêts des auteurs, au même titre que le droit d'auteur que nous connaissons majoritairement en Europe.

§ 89 Au vu de l'importance que le *copyright* accorde à l'œuvre, conçue comme un produit détaché de la personne de l'auteur et bénéficiant d'une véritable autonomie juridique[146], il est généralement associé aux « droits (…) attribués à celui qui assume le risque économique en prenant en charge le financement de la création »[147]. À l'inverse, il ressort de notre analyse des pays européens civilistes que le droit d'auteur est profondément rattaché à la personne de l'auteur plutôt qu'à l'œuvre en tant que telle.

§ 90 Outre les divergences d'ordres lexical et conceptuel, le *copyright* régi par la *common law* anglaise se distingue également du droit d'auteur sous la *civil law* par l'existence d'un outil étranger au second : le « *fair dealing* ».

b. La notion de « fair dealing »

§ 91 Le principe du *fair dealing*, qui peut se traduire par « théorie de l'utilisation équitable », également adopté en Australie et au Canada, est apparu au Royaume-Uni au 19ème siècle. Il a vraisemblablement été inspiré du principe d'*« abridgement »*, qui offre la possibilité à un second auteur d'abréger le travail de l'auteur originaire sans solliciter son autorisation et de l'imprimer sans porter atteinte aux droits de ce dernier, à condition que cette seconde œuvre soit originale et qu'elle n'affecte pas l'exploitation normale de la première[148]. Le terme *« dealing »* se réfère à un certain comportement général attendu du second auteur, tandis ce que la notion de *« fair »* ne peut être appréhendée que par un juge[149] qui en évalue le degré[150]. Il s'agit donc d'une forme d'exception aux droits exclusifs de l'auteur.

143 STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, pp. 19-20.

144 BERTRAND, N 101.51.

145 PHILLIPS/DURIE/KARET, p. 11.

146 PHILLIPS/DURIE/KARET, p. 12 ; STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, p. 22.

147 BENHAMOU/FARCHY, 2014, pp. 9-10.

148 BRUGUIÈRE/BERNAULT, p. 106.

149 NORMAN, p. 18.

150 APLIN, p. 192.

Le *fair dealing* présente de fortes similarités avec le *« fair use »*, qui s'applique régulièrement dans le *copyright* américain et sur lequel nous reviendrons plus en détail par la suite[151]. Les deux notions étaient en effet difficiles à distinguer avant que celle de *fair dealing* ne soit clarifiée dans le *Copyright Act* de 1911[152]. Cette loi a par la suite été largement influencée par les instruments juridiques internationaux, notamment la Convention de Berne, et les exceptions et limitations entrant dans le champ du *fair dealing* se sont multipliées au fil des évolutions du CDPA de 1988 (à titre d'exemple, les exceptions de citations, caricature, parodie et pastiche ont été ajoutées en 2014, soit relativement récemment)[153]. Le *fair dealing* est aujourd'hui codifié à ses art. 29, 30 et 30A. § 92

La première disposition envisage les exceptions qui constituent du *fair dealing* dans le domaine de la recherche à des fins privées et les cas qui au contraire ne peuvent pas en bénéficier. L'art. 29 pose également des critères que l'œuvre doit respecter, rédigés en ces termes : *« Fair dealing with work for the purposes of research for a non-commercial purpose does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement »*. L'art. 30 CDPA présente des exigences similaires s'agissant de l'exception relative à la critique, l'analyse, la citation et le *« news reporting »*. Nous relevons que l'élément déterminant est le *« sufficient aknowledgement »*. En effet, si la notion de *fair dealing* n'est pas définie en tant que telle par la loi en question, le critère en cause est quant à lui clairement détaillé à l'art. 178 CDPA : il s'agit d'une reconnaissance suffisante de l'œuvre préalable en permettant l'identification de son titre ou de son auteur[154], et par la même occasion, d'éviter une contrefaçon pure et simple de celle-ci. Le *fair dealing* est également applicable aux restrictions en lien avec la caricature, la parodie ou le pastiche, aux termes de l'art. 30A CDPA[155]. § 93

Ainsi, à mi-chemin entre le système dit « ouvert » du *fair use* américain (nous verrons par la suite pour quelles raisons il est qualifié comme tel) et le système « fermé » d'exceptions (de par leur exhaustivité et leur application restrictive) qui prévaut dans le paradigme européen, le *fair dealing* semble constituer une alternative permettant de concilier les avantages de l'un et de l'autre. En effet, on parle dans son cas de système « semi-ouvert »[156]. Le Royaume-Uni ayant été membre de l'Union européenne (ci-après : UE) jusqu'en janvier § 94

151 Cf. *infra* § 154 ss.

152 *Copyright Act 1911*.

153 BRUGUIÈRE/BERNAULT, p. 107.

154 NORMAN, pp. 17-18 ; PHILLIPS/DURIE/KARET, p. 79.

155 BRUGUIÈRE/BERNAULT, p. 113.

156 BRUGUIÈRE/BERNAULT, p. 112.

2020, et étant toujours partie à la Convention de Berne, le *copyright* anglais a évolué en accord avec le droit international prévalant en Europe, comme évoqué précédemment[157]. C'est en réalité grâce à cette empreinte continentale que le *fair dealing* ne peut être simplement assimilé au *fair use* : il représente un compromis entre la tendance d'origine anglo-saxonne à étendre les exceptions sujettes au *fair dealing* et favoriser d'autres acteurs que les seuls auteurs – ce qui n'est pas sans rappeler la nature terminologique du *copyright* – et la vision européenne cherchant à préserver la relation entre l'auteur et son œuvre en limitant la liste des restrictions aux droits d'auteur. Par ailleurs, nous avons mis en lumière le fait que le *fair dealing* était particulièrement réglementé, ne s'appliquant qu'à certaines exceptions déterminées[158] évoquées aux art. 29, 30 et 30A CDPA et que le critère relativement précis du *« sufficient aknowledgement »* était central dans chacun des cas prévus par la loi. Cela démontre une volonté de cadrer l'utilisation du *fair dealing* d'une manière claire, contrairement au *fair use*, dont l'application est fondée sur l'analyse d'un certain nombre de facteurs plus souples. La jurisprudence anglaise a toutefois également établi des critères permettant de délimiter la notion de *« fairness »*[159].

§ 95 En d'autres termes, le *fair dealing* n'est pas un système ouvert offrant au juge la possibilité de créer des nouveaux cas d'exceptions de manière opportune, mais uniquement un principe qui lui permet, dans une certaine mesure, de procéder à l'interprétation de certaines limitations d'ores et déjà prévues dans la loi[160]. Un système « semi-ouvert » tel que le *fair dealing* apporte de ce point de vue plus de flexibilité que la réglementation actuellement majoritaire en matière de restrictions aux droits d'auteur en Europe.

2. L'œuvre dérivée sous l'empire du *« copyright »* anglais

§ 96 Contrairement à la LDA suisse et à son art. 3, l'œuvre dérivée n'est pas définie en tant que telle dans le CDPA. De la même manière que le droit français ou allemand, la loi anglaise en matière de droit d'auteur énumère des cas d'utilisation et de reproduction des œuvres qui ne sont en principe possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur de l'œuvre préalable. En effet, malgré la souplesse apparente du *copyright* en comparaison avec le droit d'auteur des pays civilistes, il convient de garder à l'esprit que les utilisateurs d'œuvres préexistantes

157 Cf. *supra* § 92.

158 BRUGUIÈRE/BERNAULT, p. 113 ; LLEWELYN/APLIN, N 12-038 ; NORMAN, p. 18 ; TORREMANS, *L'exception de copie privée au Royaume-Uni*, p. 98.

159 APLIN, p. 192.

160 DUSOLLIER, p. 423.

protégées sous le régime du *copyright* ne bénéficient pas de droits particuliers, mais bien, eux aussi, d'autorisations[161].

§ 97 Le cadre légal anglais se distingue toutefois par sa logique inversée : avant de chercher à obtenir l'accord du titulaire des droits exclusifs sur l'œuvre préexistante, l'auteur de l'œuvre dérivée peut se contenter dans un premier temps de vérifier si la création envisagée ne rentre pas dans le champ d'une exception clairement définie et circonscrite ou dans un cas de *fair dealing*, et si elle ne porte pas atteinte de manière substantielle à l'œuvre préalable. C'est seulement dans un deuxième temps, dans le cas où ces situations ne sont pas réalisées, que le second auteur devra chercher à obtenir l'autorisation ou une licence de la part de l'auteur[162]. Par contraste, le droit d'auteur « classique » érige la nécessité d'une permission comme le principe, et n'admet les exceptions, par définition, qu'exceptionnellement.

§ 98 L'œuvre dérivée est donc de toute évidence réglementée de manière plus souple sous l'égide du *copyright*, dans la mesure, bien entendu, où elle peut elle-même bénéficier d'une protection, notamment en remplissant le critère d'originalité s'agissant des adaptations et des œuvres d'art[163].

B. La place du droit moral

1. Généralités

§ 99 Alors que dans les pays civilistes européens, le droit moral prend la forme, sous un angle conceptuel, d'un droit subjectif absolu visant à protéger l'ensemble des intérêts se rapportant à la personne de l'auteur (« intérêts extra-patrimoniaux, personnels [ou encore] spirituels »)[164], la situation est différente pour le *copyright* tel que consacré au Royaume-Uni. Souvent perçu comme l'« anti-héros »[165] du droit d'auteur, le *copyright* se caractérise, tel que mentionné plus haut[166], par sa nature économique et utilitariste (qui prend en compte le rôle de la personne qui assume le risque économique découlant du financement de l'œuvre) davantage que par son ancrage dans le champ juridique[167] (en lien avec la personne à l'origine de la création). La place des droits économiques est ici prépondérante, et les droits moraux au Royaume-Uni occupent

161 NORMAN, p. 16.

162 NORMAN, p. 47.

163 NORMAN, p. 55.

164 LUCAS-SCHLOETTER, *Rapport général : le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur*, p. 51.

165 GRIFFITHS, p. 83.

166 Cf. *supra* §§ 88-89.

167 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 9 ; STOKES, *Art and Copyright*, p. 13.

en conséquence un rôle secondaire, étant bien plus faibles que le droit moral chez ses homologues européens. Cette faiblesse est par ailleurs accentuée par la possibilité de tout simplement renoncer contractuellement à ses droits moraux (« *waiver of moral rights* »)[168].

§ 100 De manière plus concrète, les modalités d'application du droit moral tel qu'il existe dans le *copyright* anglais diffèrent substantiellement de celles prévues pour les œuvres en France, en Allemagne, en Belgique et en Suisse. En effet, le droit moral anglais consiste davantage en un ensemble de prérogatives distinctes et déterminées (d'où la pertinence de parler ici de droits moraux au pluriel) qu'en un principe unique transcendant qui se déclinerait sous plusieurs formes (qui sont selon nous incarnées par le concept général de droit moral qui se concrétise dans les droits exclusifs conférés à l'auteur).

§ 101 En outre, dans un cas d'application concrète d'un droit moral dans le cadre de la *common law*, celui-ci sera considéré comme un droit absolu – en ce sens qu'il s'appliquera pleinement une fois admis dans le cas d'espèce, contrairement au *civil law* qui admettra le concept de droit moral en tant que tel, comme un principe général *erga omnes* accessible à tout un chacun. Son intensité dépendra toutefois de l'originalité de l'œuvre *in casu*[169], qui est donc un critère de protection[170].

§ 102 Dans l'affaire *Confetti Records v. Warner Music UK Ltd*[171], le droit moral à l'intégrité de l'œuvre avait été invoqué par un artiste. Le conflit portait sur l'adaptation en version rap par un autre groupe de musique d'une chanson dont il était l'auteur originaire. Il avait en effet fait valoir une atteinte préjudiciable à son honneur et à sa réputation en dénonçant cet acte comme dénaturant son œuvre. Le juge anglais a cependant considéré qu'une telle atteinte, qui doit être objective et non pas subjective, ne pouvait pas être démontrée en l'espèce. Ainsi, dans cet exemple, le droit à l'intégrité de l'œuvre n'est tout bonnement pas reconnu à l'auteur[172]. Si l'affaire avait été présentée devant une autorité suisse, celle-ci aurait, selon nous, vraisemblablement admis l'existence d'une atteinte, mais ne l'aurait pas jugée suffisamment intense au point de retenir un comportement préjudiciable à l'auteur. À cet égard, le Tribunal fédéral a précisé dans l'un de ses arrêts que « ce qui compte pour juger de l'atteinte à la personnalité de l'auteur, c'est de savoir à quel point l'œuvre est

168 KHERIA/DEGLAIRE, p. 171.

169 TORREMANS, *Introduction*, p. 47.

170 LUCAS-SCHLOETTER, *Rapport général : le droit moral dans les différents régimes du droit d'auteur*, p. 51.

171 *Confetti Records v. Warner Music UK Ltd*., EMLR 790 (2003).

172 BRUGUIÈRE, *Moral Privileges: Obstacles for the Exploitation of the Works rather than for the Components of the Right*.

l'expression de la personnalité de l'auteur et le résultat de son activité créatrice individuelle. Autrement dit, il s'agit en particulier d'établir le degré d'intensité de la relation entre la personnalité de l'auteur et l'œuvre »[173]. Ce commentaire soulève une autre différence non négligeable entre le droit moral sous l'égide du *copyright* et dans le cadre du droit d'auteur : alors que dans ce dernier, l'œuvre peut subir un préjudice autant dans son intégrité que dans son esprit, cette dernière dimension n'est pas envisagée par le *copyright* anglais[174].

La conception anglo-saxonne du droit moral se reflète également dans le § 103
libellé des dispositions régissant les droits moraux, introduites en 1988 seulement[175] dans le Chapitre IV du CDPA : avec une tendance à délimiter l'application des normes de manière détaillée plutôt que d'établir un large principe général de droit moral, le style rédactionnel est en effet typiquement de *common law*[176]. À titre d'exemple, l'art. 77 CDPA, qui règle le droit de paternité de l'auteur de l'œuvre, ne permet pas à celui-ci de s'en prévaloir si son droit n'a pas été confirmé au sens de l'art. 78 CDPA, qui en détaille les conditions. En outre, la loi anglaise prévoit également un droit à l'intégrité de l'œuvre mais n'offre pas à l'auteur, contrairement à la Suisse et à la France notamment, un droit de divulgation de l'œuvre[177].

2. L'impact sur l'œuvre dérivée

Le droit moral – ou les droits moraux, selon la logique britannique – occupe § 104
ainsi une place bien moins centrale que dans les autres pays continentaux. Nous l'avons vu, le caractère utilitariste du *copyright* ainsi que la possibilité de renoncer aux droits non-patrimoniaux accentuent ce constat. Ces éléments ont mené à un système d'exceptions plus souple et au principe de *fair dealing*. Il en résulte une approche moins limitative quant à la création d'œuvres dérivées, puisque les cas de restrictions aux droits exclusifs de l'auteur leur sont en effet plus facilement applicables dans ce contexte.

De manière générale, le système du *copyright* semble se fonder sur le bon § 105
sens de l'auteur qui s'inspire d'une œuvre préexistante. Il va de soi que dans un cas où l'utilisation d'une œuvre préexistante porte manifestement atteinte aux droits de l'auteur originaire, une autorisation de ce dernier demeurera

173 ATF 142 III 387, c. 4.6.

174 BRUGUIÈRE, *Moral Privileges: Obstacles for the Exploitation of the Works rather than for the Components of the Right*.

175 KHERIA/DEGLAIRE, p. 171.

176 GRIFFITHS, p. 83.

177 KHERIA/DEGLAIRE, p. 173.

nécessaire. Il apparaît toutefois que les auteurs secondaires disposent malgré tout d'une véritable marge d'appréciation, offrant plus de liberté à la création d'œuvres dérivées.

C. Le *« copyright »* : un système hybride

§ 106 La législation britannique en matière de droit d'auteur est, à notre sens, particulièrement pertinente dans le cadre de ce panorama des régimes européens. Elle constitue une véritable version hybride du droit d'auteur, une intermédiaire entre le modèle européen que nous connaissons et qui prévaut sur notre continent, et le paradigme américain[178] que nous aborderons par la suite[179]. Le droit d'auteur anglais témoigne à ce titre, toujours selon notre appréciation, d'une certaine originalité qui le distingue des autres ordres juridiques continentaux et qui le rapproche au contraire du système américain.

VII. Bilan

§ 107 Ainsi, nous constatons qu'il existe au sein même du continent européen des dichotomies conceptuelles (et par conséquent de modalités d'application) quant à la nature du droit moral en droit d'auteur, et ce principalement entre d'une part, les pays de *civil law* ayant adopté le système de droit d'auteur « classique », et d'autre part, les États anglo-saxons de *common law* ayant mis en place le *copyright*, comme le Royaume-Uni, l'Irlande, et dans une certaine mesure la Hollande et les pays nordiques[180].

§ 108 Par ce survol des législations nationales en matière de droit d'auteur, nous souhaitions démontrer que si l'axe principal de notre travail vise à mettre en évidence le clivage entre les paradigmes européen et américain du droit d'auteur, il ne faut pas nécessairement les concevoir intégralement comme des opposés. Certes, la tendance européenne présente une grande homogénéité quant à son approche du droit d'auteur, mais il résulte de l'exposé qui précède qu'on y trouve d'ores et déjà des nuances, des outils inspirés de système externes, en l'espèce des États-Unis, au regard du *fair use* en particulier.

§ 109 De plus, en lien avec l'harmonisation au niveau européen, que nous aborderons ci-après[181] et dont les instruments principaux sont la Convention de Berne de 1886, la Directive 2001/29/CE et la Directive 2019/790, chaque pays d'Europe a envisagé une adaptation du droit d'auteur correspondant à

178 STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, p. 7.

179 Cf. *infra* § 141 ss.

180 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 9.

181 Cf. *infra* § 110 ss.

sa propre vision et a procédé à des choix à la lumière de cette dernière. Il convient donc de garder à l'esprit que les barrières conceptuelles que nous exposons dans ce travail peuvent demeurer flexibles et que le droit d'auteur est un domaine sujet à développements, notamment, à l'heure actuelle, dans le domaine des nouvelles technologies, laissant la porte ouverte à diverses possibilités de réponses lorsque cela s'avère nécessaire.

Chapitre 2 : Harmonisation du droit d'auteur au niveau international et européen

I. La Convention de Berne de 1886

A. Généralités

Comme nous l'avons déjà évoqué, la Convention de Berne constitue l'un des outils principaux d'unification des droits d'auteur au niveau international[182]. Elle émane de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après : OMPI), qui l'a élaborée suite à un besoin de coopération internationale apparu à la fin du 19ème siècle, de même que la Convention de Paris du 20 mars 1883[183]. La Convention de Berne a fait l'objet de nombreuses modifications et révisions, la dernière remontant à 1979. Ratifiée par 179 États, elle a permis de réunir les pays les plus influents en matière de droit d'auteur, dont les États-Unis, qui n'ont toutefois ratifié le texte qu'en 1989[184]. § 110

La Convention de Berne est fondée sur deux piliers : le principe du traitement national (ou principe de l'assimilation)[185] et le principe de la protection § 111

182 MOURA VICENTE, p. 107.

183 Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle revisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (RS 0.232.04) ; FELLRATH, p. 52.

184 FELLRATH, p. 55.

185 KARNELL, p. 268.

automatique. Le premier favorise un traitement des auteurs étrangers égal à celui des auteurs locaux – sans porter atteinte à l'essence des législations nationales – et le second prévoit que « la jouissance et l'exercice des droits d'auteur ne peuvent être subordonnés à aucune formalité »[186].

§ 112 La Convention de Berne accorde également un certain niveau de protection en matière de droit d'auteur, en ce sens que les États membres sont tenus de respecter un seuil minimal ; ils sont toutefois libres de l'élargir dans leur législation nationale respective[187]. Ainsi, s'ils doivent obligatoirement appliquer ladite protection minimale aux œuvres émanant d'autres États membres, ils ne sont en revanche pas obligés de reconnaître d'éventuels droits plus larges. Il en découle que malgré un but de « garantie [d'une] certaine uniformité et [d'un] niveau qualitatif de protection parmi tous les pays de l'Union »[188], une réelle harmonisation des droits nationaux en matière de droit d'auteur ne peut avoir lieu en l'état, puisque chaque pays adapte son propre seuil de protection dans la mesure qui lui semble raisonnable[189].

§ 113 Parmi les dispositions assurant une protection minimale figurent notamment l'art. 6bis, qui consacre les droits moraux de paternité et d'intégrité de l'œuvre, et les art. 8 à 14 de la Convention de Berne, qui reconnaissent aux auteurs originaires un certain nombre de droits patrimoniaux[190]. La protection offerte par la Convention de Berne laisse transparaître la vision personnaliste et civiliste du droit d'auteur ; en effet, celle-ci était la conception dominante à l'époque de son adoption[191].

B. L'œuvre dérivée dans la Convention de Berne

§ 114 La protection des œuvres dérivées est réglée à l'art. 2 § 3 de la Convention de Berne en ces termes : « Sont protégés comme des œuvres originales, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique ». Ses art. 8 et 9 exposent quant à eux les droits exclusifs de l'auteur d'autoriser ou d'interdire la traduction, respectivement la reproduction de son œuvre originale. L'art. 12 de la Convention de Berne accorde en outre aux auteurs un droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements

186 FELLRATH, pp. 55-56.

187 KARNELL, p. 268 ; SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 43.

188 KARNELL, p. 268.

189 MOURA VICENTE, p. 138.

190 KARNELL, p. 268 ; MOURA VICENTE, p. 109.

191 MOURA VICENTE, p. 110.

et autres transformations de leurs œuvres[192]. Ces dispositions font donc partie de la protection minimale des œuvres originales que les États membres sont tenus de respecter et de mettre en œuvre à travers la législation nationale.

§ 115 À cet égard, l'art. 9 § 2 de la Convention de Berne précise toutefois que les États membres ont la possibilité de permettre la reproduction des œuvres originales « dans certains cas spéciaux », autrement dit de prévoir des exceptions aux droits exclusifs de l'auteur en la matière, « pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». Par le choix de ces termes, l'art. 9 § 2 de la Convention de Berne consacre l'origine du test en trois étapes, que nous aborderons plus en détail par la suite[193]. Les États membres disposent donc, en théorie, d'une certaine marge de manœuvre en matière d'élaboration de restrictions aux droits exclusifs de l'auteur.

§ 116 Dans le contexte européen actuel vis-à-vis de ces droits exclusifs (notamment de la place du droit moral) ainsi que du système d'autorisation adopté unanimement par les États membres, il apparaît que ceux-ci préfèrent s'en tenir à leur système juridique interne, généralement plus limité, dont la pertinence à leurs yeux demeure[194]. Cela s'explique notamment par le fait que la Convention de Berne établit des règles minimales de protection que les États membres sont libres d'élargir ou non. En outre, la plupart de ces règles ne sont pas « *self-executing* », en ce sens qu'il s'agit d'obligations que les législateurs nationaux sont tenus de respecter lorsqu'ils établissent leur cadre juridique interne, sans toutefois que ce dernier processus soit conditionné[195].

§ 117 Cela signifie une fois de plus qu'au vu de la diversité des législations nationales en Europe, plus particulièrement en lien avec leur transposition en droit interne des diverses normes de la Convention de Berne, une harmonisation absolue dans le cadre du droit d'auteur n'est pas encore possible.

II. La Directive 2001/29/CE

A. Généralités

§ 118 L'adoption de la Directive 2001/29/CE s'inscrit également dans un mouvement important d'harmonisation intervenu entre 1991 et 2001[196]. Ce dernier a mené à l'émission d'un lot de six directives à caractère sectoriel ; celle qui nous

192 CHERPILLOD, *Droit d'auteur et liberté de l'art*, p. 356.

193 Cf. *infra* § 123 ss.

194 MOURA VICENTE, pp. 137-138.

195 MOURA VICENTE, p. 138.

196 MOURA VICENTE, p. 128.

intéresse concerne tout particulièrement l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Directement basée sur les Traités de l'OMPI[197], la Directive 2001/29/CE vise à les mettre en œuvre, en particulier en ce qui concerne les nouvelles technologies[198]. Ses considérants 1 à 14 exposent par ailleurs les divers buts d'uniformisation des législations continentales qu'elle poursuit[199].

§ 119 La Directive 2001/29/CE instaure en particulier à son art. 3 un nouveau droit exclusif relatif à la communication d'œuvres au public et à la mise à disposition d'autres prestations protégées[200], que les auteurs peuvent donc désormais autoriser ou interdire. Elle consacre également une protection automatique des droits patrimoniaux dans tous les États membres[201] et le principe de l'épuisement communautaire du droit de distribution. La Directive 2001/29/CE introduit en outre une liste détaillée des exceptions et limitations aux droits d'auteur et aux droits voisins. L'apport de cette directive va donc au-delà de la simple introduction, certes centrale, de l'art. 3, mais apparaît en réalité beaucoup plus large, dans la mesure où elle instaure un véritable nouveau « droit communautaire d'auteur »[202].

§ 120 Au vu des avancées liées à l'ère numérique, la Suisse, comme plusieurs autres pays d'Europe, a approuvé les Traités de l'OMPI en 2017 et s'est engagée à les mettre en œuvre en adaptant sa législation interne sur le droit d'auteur[203]. Le Conseil fédéral a en effet indiqué dans son Message relatif aux modifications de la loi sur le droit d'auteur et aux Traités de l'OMPI que « l'évolution technologique rend (…) nécessaire un réexamen périodique des bases législatives régissant le droit d'auteur »[204]. Pour ce faire, les modifications entreprises se sont en grande partie inspirées de la Directive 2001/29/CE[205].

§ 121 Nous relevons ici qu'à l'inverse de la Convention de Berne, cette directive est sous-tendue non pas par des principes découlant du droit d'auteur continental traditionnel, mais plutôt par des intérêts de nature utilitariste, visant à assurer un marché interne efficace entre les États membres. Le droit moral

197 Traité du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (WTC ; RS 0.231.151) et Traité du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT ; RS 0.231.171.1).

198 FELLRATH, p. 61.

199 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 253.

200 FELLRATH, p. 61 ; MOURA VICENTE, pp. 128-129.

201 FELLRATH, p. 61.

202 DERCLAYE, p. 17 ; MOURA VICENTE, p. 129.

203 La loi fédérale sur le droit d'auteur modernisée est entrée en vigueur le 1er avril 2020.

204 FF 2018 559, p. 566.

205 FELLRATH, p. 61.

est à ce titre appliqué en conformité avec leur législation nationale respective ainsi que les dispositions de la Convention de Berne, et demeure en dehors du champ d'application de la Directive 2001/29/CE[206].

§ 122 Tel que mentionné précédemment[207], l'un des apports principaux de ladite directive est la liste d'exceptions et de limitations prévue à son art. 5, l'idée étant d'offrir aux États ayant adopté les Traités de l'OMPI la possibilité d'étendre leur palette d'exceptions. En d'autres termes, soit ceux de SENFTLEBEN, *« Implementing the EC Copyright Directive, legislators in EC member states (…) enjoyed the freedom to choose exceptions from the catalogue of Article 5 of the Directive and tailor the scope of resulting use privileges to individual national needs »*, étant précisé que la transposition desdites exceptions demeure facultative (art. 5 § 2 et 3), sauf celle relative aux actes de reproduction temporaire[208] (art. 5 § 1). Ce catalogue a été introduit en prenant en compte « les différentes traditions légales des États membres » et dans le but d'« assurer un marché interne fonctionnel »[209]. En outre, l'art. 5 § 5 de la Directive 2001/29/CE instaure le test en trois étapes, outil très innovant pour les pays européens concernés, auquel nous allons à présent nous intéresser.

B. Le test en trois étapes (« *three-step test* »)

1. Généralités

§ 123 Nous avons déjà indiqué plus haut que le test en trois étapes (ou « *three-step test* ») avait été consacré pour la première fois à l'art. 9 § 2 de la Convention de Berne, et qu'il ne portait alors que sur le droit patrimonial de la reproduction[210]. Aux termes de cette disposition, les États membres souhaitant instaurer des exceptions allant au-delà de celles prévues par la Convention de Berne doivent tout d'abord s'assurer qu'elles passent ledit test[211].

§ 124 Celui-ci a ensuite été transposé à l'art. 13 ADPIC, où il a été étendu à l'ensemble des droits patrimoniaux et non plus seulement au droit de reproduction, puis également à l'art. 10 du Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur. Finalement, le test en trois étapes s'est vu intégré par le législateur communautaire à l'art. 5 § 5 de la Directive 2001/29/CE, dont la teneur est la suivante : « Les exceptions et limitations [au droit d'auteur] ne sont applicables que dans

206 Préambules 18 et 19 de la Directive 2001/29/CE ; SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 254.

207 Cf. *supra* § 119.

208 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, N 27.

209 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 250.

210 Cf. *supra* § 115.

211 COLIN, p. 387.

certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ». L'outil en question n'est désormais plus limité aux droits patrimoniaux ; il porte en effet sur toutes les œuvres et tous les droits exclusifs, y compris ceux de nature morale[212]. L'art. 5 § 5 de la Directive 2001/29/CE a par ailleurs un nouveau destinataire autre que le législateur national : le terme « applicables » fait référence à l'interprétation et la mise en œuvre des exceptions *in concreto* par le juge national[213].

§ 125 Ainsi, la première des trois étapes auxquelles la nouvelle exception doit être soumise est la limitation des restrictions à « certains cas spéciaux », impliquant que l'objectif poursuivi soit clairement défini (sans être arbitraire ; l'exception doit en effet reposer sur des motifs justificatifs valables[214]) et excluant les exceptions rédigées sous forme de clause générale[215].

§ 126 Le second niveau du test exige que lesdits cas spéciaux ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Le terme d'« exploitation » d'œuvres peut être défini comme étant « l'activité par laquelle les titulaires du droit d'auteur usent des droits exclusifs qui leur ont été conférés pour tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres »[216]. L'expression « exploitation normale », quant à elle, constitue plutôt une notion indéterminée en raison de son caractère vague et subjectif. Il est établi que cela reviendrait à limiter de façon excessive la portée des exceptions au droit d'auteur que de considérer que toute utilisation de l'œuvre protégée entrant dans le champ des droits exclusifs de l'auteur, même impliquant un gain commercial, porte atteinte à son « exploitation normale »[217]. Les rapporteurs de l'OMC exposent qu'une telle atteinte existe lorsque les utilisations autorisées par la restriction « constituent une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre (…) et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles »[218]. Le Tribunal fédéral quant à lui se contente d'indiquer qu'il convient de procéder à un contrôle de la proportionnalité par rapport aux possibilités d'exploitation du droit d'auteur[219].

212 COLIN, pp. 388-389.
213 COLIN, p. 548.
214 REUSSER, p. 80.
215 ATF 133 III 473, c. 6.1.
216 OMC, *Rapport du Groupe spécial*, N 6.165.
217 REUSSER, p. 80.
218 OMC, *Rapport du Groupe spécial*, N 6.183.
219 ATF 133 III 473, c. 6.1.

Enfin, la troisième étape du test précise que les cas spéciaux visés dans la première étape ne doivent pas non plus causer un préjudice injustifié aux intérêts (tant actuels que potentiels[220]) légitimes du titulaire du droit. La légitimité des intérêts est admise lorsqu'ils sont « justifiables au regard des objectifs qui sous-tendent la protection de droits exclusifs »[221]. La détermination du caractère injustifié du préjudice implique une appréciation au moyen d'un examen de la proportionnalité[222] mettant en balance les intérêts des auteurs et ceux des tiers[223]. § 127

Nous précisons toutefois que dans le cas où les conditions du test en trois étapes ne sont pas remplies, en particulier la seconde, et qu'une exception fondée sur ce test ne peut dès lors pas être justifiée, il existe toujours la possibilité de substituer une licence obligatoire – qui n'existe d'ailleurs, dans le droit d'auteur suisse, que pour la confection de phonogrammes, aux termes de l'art. 23 LDA[224] – au droit exclusif qui est touché ou de déterminer d'autres conditions, pour autant que le droit du détenteur d'obtenir une rémunération équitable ne soit pas mis à mal[225]. En effet, quiconque fait usage de manière licite d'une œuvre soumise à autorisation doit payer des redevances au titulaire des droits exclusifs ; il s'agit donc d'une espèce d'indemnité d'utilisation[226]. § 128

2. Rôle et enjeux du test

Le test en trois étapes constitue un élément central dans la réglementation des exceptions aux droits exclusifs de l'auteur au niveau national, et ce notamment de par sa nature flexible[227] et sa formulation abstraite, novatrices aux yeux des législateurs européens. Les notions d'« exploitation normale » et d'« intérêts légitimes » étant imprécises et sujettes à interprétation, ces critères du test peuvent être appliqués de manière évolutive[228]. Tel que l'explique SENFTLEBEN, *« given the universal field of application that follows from the test's open-ended wording, the provision creates much more breathing space than the more specific exceptions recognized in international copyright law »*[229]. § 129

220 REUSSER, p. 81.

221 OMC, *Rapport du Groupe spécial*, N 6.224.

222 ATF 133 III 473, c. 6.1.

223 REUSSER, p. 82.

224 DESSEMONTET, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, p. 107.

225 OMC, *Rapport du Groupe spécial*, N 6.89.

226 BENHAMOU, *La méthode des redevances en droit suisse*, p. 230.

227 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, p. 67.

228 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 35.

229 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, p. 67.

Ainsi, le test en trois étapes offre aux législateurs nationaux un « espace de respiration » du droit, une possibilité d'interprétation plus souple et extensive permettant d'adopter des exceptions sur mesure relatives à certaines situations spécifiques, avantage que le catalogue fermé des limitations au droit d'auteur prévu dans la plupart des législations européennes en la matière ne propose pas. L'introduction du test et ses caractéristiques ont donc été conçues comme une solution aux problèmes d'harmonisation des exceptions existant au niveau européen[230]. En effet, les États signataires de la Directive 2001/29/CE ont exprimé une réticence face aux divers développements de la Convention de Berne visant à élargir le seuil minimal des droits exclusifs. Ils semblaient peu enclins à renoncer aux exceptions d'ores et déjà ancrées dans leur législation nationale respective[231] ; nous en déduisons qu'il leur était préférable, à l'aide du test en trois étapes, d'adopter ponctuellement de nouvelles exceptions de l'art. 5 § 2 et 3 de la Directive 2001/29/CE lorsqu'ils le jugeaient nécessaire.

§ 130 À cet égard, il convient toutefois de préciser qu'au vu de l'exhaustivité des exceptions d'ores et déjà consacrées dans cette disposition et pouvant être transposées dans les divers droits internes, la marge de manœuvre est en réalité plus réduite qu'il n'y paraît. Le but de la Directive 2001/29/CE n'est pas de permettre aux législateurs d'élire librement n'importe quelle nouvelle exception qui remplit les exigences du test, mais bien de leur permettre d'intégrer celles qui sont déjà prévues dans la directive en s'assurant au préalable qu'elles sont conformes au test[232] ; il est donc plus adéquat de parler d'une liberté « encadrée »[233]. Par ailleurs, ce contrôle de conformité peut cas échéant également être effectué par le Commission européenne ou la Cour de justice européenne[234].

§ 131 Bien que toutes les législations européennes abordées dans cette étude soient soumises au test en trois étapes, l'écart avec les systèmes d'exceptions nationaux que nous avons analysés dans le chapitre précédent demeure notable. La différence principale réside dans la structure de l'art. 5 § 5 de la Directive 2001/29/CE en comparaison avec celle des limitations aux droits exclusifs de l'auteur telles qu'elles figurent dans les catalogues nationaux : alors que le test en trois étapes propose, comme nous l'avons mentionné[235], une

230 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 249.

231 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 44.

232 COLIN, p. 390 et 549 ; SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, N 13.

233 COLIN, p. 390.

234 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 257.

235 Cf. *supra* § 129.

certaine flexibilité grâce à ses critères abstraits, les exceptions adoptées au niveau national, même une fois le test appliqué, contiennent des formulations moins ouvertes (puisque cantonnées à des cas spécifiques) – qui ont toutefois l'avantage de présenter une plus grande sécurité juridique, ce qui n'est pas négligeable. Le test en trois étapes mène à ce titre à un véritable dilemme, puisque malgré l'atout évident de sa souplesse inhérente, il comprend également une forme d'imprévisibilité[236], et ce à deux égards en particulier.

§ 132 Tout d'abord, les États membres ont la liberté d'adopter ou non les exceptions proposées à l'art. 5 § 2 et 3 de la Directive 2001/29/CE, dans le respect du test en trois étapes. Alors que certains feront usage de la flexibilité qui lui est propre en définissant des exceptions de manière plus large, d'autres feront à l'inverse le choix d'implémenter une version plus limitative d'un « prototype » de restriction[237]. Cela nous amène à nouveau à la conclusion qu'au vu des législations divergentes, une harmonisation semble difficile à atteindre et qu'il en résulte une forme d'incohérence dans la mesure où le cadre d'application des exceptions aux droits d'auteur soumises au test varie d'un pays à l'autre.

§ 133 Deuxièmement, l'imprévisibilité relative au test en trois étapes peut également apparaître postérieurement à l'adoption des modèles d'exceptions. En effet, dans le cas où des restrictions figurant dans la Directive 2001/29/CE sont implémentées au niveau national, rien n'empêche qu'il y soit fait opposition par la suite au motif qu'elles ne sont pas conformes au test en trois étapes, créant donc une insécurité juridique quant à la validité ultérieure desdites exceptions. Il est aussi possible que le test en trois étapes soit appliqué aux exceptions figurant déjà dans le catalogue fermé de la législation nationale sur le droit d'auteur ; il en découle que celles-ci peuvent se voir encore davantage restreintes par l'invocation du test, non pas dans un but d'incitation à faire usage de sa souplesse, mais en tant qu'argument limitatif. Dans une telle situation, l'avantage de la flexibilité inhérente au test en trois étapes, dont les critères ouverts sont ici plutôt interprétés comme des conditions restrictives, ne peut être pleinement exploité[238] et l'exception en cause soumise au test est vidée de sa substance. En somme, « une exception *a priori* licite pourra donc devenir *a posteriori* illicite sur décision du juge au cas où elle ne respecte pas le test »[239].

236 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, N 13.

237 HUGENHOLTZ/SENFTLEBEN, p. 14.

238 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, N 13.

239 COLIN, p. 561.

§ 134 À titre d'exemple, la Cour de cassation avait appliqué le test en trois étapes sous cet angle dans le cadre de l'affaire française *Mulholland Drive*[240]. Elle portait sur le cas d'une personne qui avait acheté un DVD du film de David Lynch *Mulholland Drive* pour ensuite le transférer en format VHS et pouvoir le visionner à domicile. Le conflit résulte du fait que le support du DVD contenait des mesures techniques de protection qui interdisait la copie privée, ce droit étant toutefois reconnu à l'usager au sens des art. L. 122-5 et L. 211-3 CPI. La Cour de cassation a déclaré que ces dispositions devaient être interprétées à la lumière de la Directive 2001/29/CE. Contrairement à la décision de la Cour d'appel de Paris[241], qui a considéré, au regard du deuxième critère du test en trois étapes, qu'« une copie à usage privé n'est pas de nature à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre sous forme de DVD »[242], la Cour de cassation a quant à elle estimé que « l'exception de copie privée s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique »[243]. Elle a par conséquent cassé et annulé la décision selon laquelle ladite exception de copie privée trouvait application dans le cas d'espèce. Plus largement, en soumettant l'exception de copie privée au test en trois étapes dans le cas d'espèce, la Cour de cassation a rendu cette exception plus restrictive qu'elle ne l'était déjà[244].

3. Le « *three-step test* » : cousin du « *fair use* » et du « *fair dealing* »

§ 135 Si le format de liste exhaustive de l'art. 5 § 2 et 3 de la Directive 2001/29/CE n'est pas sans rappeler la tendance continentale en droit d'auteur, le test en trois étapes figurant à son art. 5 § 5 présente de manière flagrante des similarités avec la tradition anglo-américaine en la matière[245]. En effet, les trois critères « ouverts » du test peuvent être mis en parallèle avec les quatre facteurs d'application du *fair use* (que nous examinerons plus bas[246]), qui démontrent la même flexibilité inhérente. Il existe toutefois une différence notable à l'égard d'un aspect en particulier : la première étape du test, à savoir celle exigeant un « cas spécial », n'existe pas dans le cadre du *fair use*. À cet

240 Cour de cassation, Première chambre civile, 28 février 2006, pourvoi n°05-15.824.
241 Cour d'appel de Paris, Quatrième chambre civile, Section B, 22 avril 2005.
242 Cass., 1ère chambre civile, 28 février 2006, § 6.
243 Cass., 1ère chambre civile, 28 février 2006, § 7.
244 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, N 25.
245 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, N 12.
246 Cf. *infra* § 154 ss.

égard, il convient de rappeler ici le rôle du test en trois étapes qui doit être conçu comme un « garde-fou supplémentaire » auquel on recourt dans un second temps, après avoir déjà respecté des règles d'application préexistantes, et qui ne s'apparente pas à une porte ouverte à de nouvelles exceptions innommées[247]. Nous précisons à ce titre que le test en trois étapes est avant tout destiné au législateur[248], en ce sens qu'il constitue une méthode d'interprétation des exceptions déjà existantes, un « guide de politique législative »[249] ; il ne peut dès lors être invoqué directement par l'utilisateur de l'œuvre protégée dans le but de créer une exception dans une situation concrète (comme c'est le cas, nous le verrons, avec le système du *fair use*, dont le processus législatif est différent).

En réalité, le test en trois étapes est davantage comparable au *fair dealing*, son cousin britannique et canadien, qui lui aussi autorise l'application d'un certain nombre d'exceptions clairement circonscrites, sans être un outil de création de restrictions jusqu'alors inexistantes[250]. § 136

III. Bilan

Ainsi que nous l'avons exposé, malgré l'existence des deux outils d'harmonisation internationale que nous avons choisi d'aborder, le but tendant à l'harmonisation des législations nationales en matière de droit d'auteur qu'ils poursuivent n'est pas encore atteint. En particulier, tous les États soumis à la Convention de Berne et la Directive 2001/29/CE n'adhèrent pas forcément au test en trois étapes, qui diverge des traditions continentales dans ce domaine. Alors que certains auteurs en valorisent les avantages, d'autres sont d'avis que son incorporation dans la loi nationale n'est pas nécessaire dans la mesure où le catalogue d'exceptions figurant à l'art. 5 § 2 et 3 de la Directive 2001/29/CE le met déjà suffisamment en œuvre. D'autres courants doctrinaux s'y opposent en soulignant le caractère limitatif du test en trois étapes dans le cadre de son application au niveau national : SENFTLEBEN explique à ce titre que « *the three-step test might prove to substantially limit the room to manœuvre which the member states enjoy when amending their national laws* »[251]. § 137

À titre d'exemple, l'Allemagne a transposé la directive dans sa législation interne sans tenir compte du test, alors que la France l'a placé au centre de sa § 138

247 COLIN, pp. 563-564.

248 REUSSER, p. 82.

249 REUSSER, p. 83.

250 COLIN, p. 564 ; cf. *supra* §§ 92-95.

251 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 257.

loi de transposition[252] en tant que « grille de lecture judiciaire »[253]. Au-delà de son intégration au niveau national, les États européens concernés ne se servent pas du test en trois étapes de la même manière, certains d'entre eux allant jusqu'à en dénaturer l'usage lorsqu'il est appliqué à des restrictions déjà existantes dans la loi nationale sur le droit d'auteur, comme l'illustre l'affaire française *Mulholland Drive*.

§ 139 Pourtant, certaines problématiques actuelles relatives à l'avancée des nouvelles technologies poussent les législateurs nationaux à repenser le droit d'auteur[254], et en ce qui nous concerne, au regard des diverses formes d'œuvres dérivées notamment. Il nous paraît évident que la modernisation du droit d'auteur à l'ère numérique nécessite un système plus flexible, quitte à introduire une éventuelle clause de type *fair use* ou *fair dealing* inspirée du test en trois étapes ; en somme, un compromis entre souplesse et rigueur aspirant à ne pas trop ébranler les fondements du droit d'auteur selon le paradigme européen, tout en envisageant de nouvelles perspectives moins rigides, semblerait être une solution adéquate.

§ 140 Pour mieux appréhender cette hypothèse, il convient de prendre connaissance de la conception américaine en matière de droit d'auteur (*copyright*) et de la notion de *fair use*.

252 MESSAOUDI, *À propos de l'article 53 de la loi allemande sur le droit d'auteur relatif à l'exception de copie privée*.

253 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 48.

254 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, p. 67.

Chapitre 3 :
La notion d'œuvre dérivée à l'ère analogique : approche américaine

I. Le paradigme américain du droit d'auteur

A. Le « *copyright* » américain

1. Généralités

Aux États-Unis, tout comme en Angleterre et dans les autres pays anglo-saxons, les œuvres sont régies par le *copyright*. Pour rappel, ce système se distingue du droit d'auteur, qui prévaut en Europe, sous plusieurs angles : conceptuel, lexical et structurel notamment. À cet égard, nous renvoyons à ce qui a été exposé précédemment s'agissant du droit anglais[255]. § 141

Le système juridique américain demeure très proche du système anglais, jusque dans l'application de la *common law*[256]. Les tribunaux américains se basent en effet largement sur la jurisprudence existante (« *precedents* ») pour rendre leurs décisions, selon une méthode inductive de comparaison de cas d'espèce présentant des états de fait identiques ou similaires à celui qui les intéresse. En procédant de cette manière, l'autorité de jugement met en œuvre ce que l'on qualifie de « *legal realism* », que nous définissons comme étant une application du droit pragmatique basée sur des cas préexistants. Cela signifie en outre qu'au-delà d'une simple recherche dans la *common law* existante, chaque nouvelle décision rendue participe d'un élargissement du « *body of law* », et le juge remplace à ce titre le législateur[257]. Les nouvelles règles ainsi établies bénéficient, tout comme au Royaume-Uni, d'un effet contraignant ; les décisions tranchées par la Cour Suprême américaine lient toutes les juridictions fédérales, et il en va de même des jugements rendus par la Cour d'appel américaine vis-à-vis des tribunaux de première instance (« *District Courts* »), assurant de la sorte une uniformité du droit américain[258]. § 142

255 Cf. *supra* § 86 ss.

256 Cf. *supra* § 86.

257 FÖRSTER, p. 13.

258 FÖRSTER, p. 15 ; nous précisons qu'une hiérarchie similaire existe en Suisse, les décisions du Tribunal fédéral ayant également un effet contraignant vis-à-vis des instances inférieures.

§ 143 Nous relevons toutefois que cette application horizontale de l'autorité de la chose jugée n'est pas aussi stricte qu'au Royaume-Uni, à tel point que les tribunaux supérieurs américains font preuve d'une certaine souplesse à ce sujet en cassant parfois leurs propres décisions (« *overrule* »)[259].

§ 144 L'origine commune du *copyright* anglais et américain trouve son ancrage dans le *Statute of Anne*, émis en 1710 par le Parlement britannique. En tant que premier « *Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed in the Authors of Purchasers of such Copies* », le but poursuivi était l'incitation des auteurs à la création d'ouvrages au bénéfice de la société[260] en leur assurant une protection à ce titre. En effet, cette codification du *copyright* consacrait pour la première fois le rôle social des auteurs et éditeurs, dont les œuvres, menacées de contrefaçon, devaient pouvoir être protégées[261].

§ 145 Le *Copyright Act* de 1790[262] adopté par la suite aux États-Unis est devenu la législation américaine en matière de droit d'auteur. Celle-ci a fait l'objet de deux révisions majeures, la première en 1909 et la seconde en 1976[263]. Étant la plus récente, nous nous référerons à la loi américaine telle qu'elle figure dans le *Copyright Act* de 1976[264], correspondant à une partie du Titre 17 du *United States Code* (ci-après : U.S.C.). Avant l'introduction du *Copyright Act* dans sa version de 1790, la Constitution américaine de 1789[265] a également intégré une « *intellectual property clause* » à son art. I Section 8 Clause 8, dont le libellé, qui n'est pas sans rappeler le *Statute of Anne* de 1710, est le suivant : « *The Congress shall have power (…) to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for Limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries* »[266]. Nous le verrons ci-après, le caractère utilitariste qui se dégage de ces textes est palpable.

2. Le rôle prépondérant des droits patrimoniaux

§ 146 Il nous est à présent connu que l'équilibre entre les composantes du droit d'auteur, à savoir entre les droits moraux et les droits patrimoniaux, n'est pas le même s'agissant du *copyright* : l'aspect économique est proéminent dans le paradigme anglo-américain[267].

259 FÖRSTER, p. 15.
260 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, pp. 7-8.
261 LAWRENCE, p. 5.
262 *U.S. Copyright Act 1790*.
263 FÖRSTER, p. 12.
264 *U.S. Copyright Act 1976*.
265 *Constitution of the United States*, 1789.
266 FÖRSTER, p. 12.
267 Cf. *supra* § 99.

Ainsi que l'a relevé un membre du Conseil de la Ligue des Auteurs d'Amérique (*« Counsel for the Authors League of America »*, aujourd'hui connu sous le nom de *« Authors Guild »*), « l'instrument choisi par le Constitution dans le but de servir l'intérêt public (…) est un système de droit de la propriété indépendant et *entrepreneurial* relatif à l'édition et à la publication [d'ouvrages]. Le *Copyright Act* établit les droits permettant d'empêcher d'autres personnes de priver les auteurs et éditeurs du fruit de leur travail »[268]. Si l'on met ce constat en lien avec le contenu du *Statute of Anne* de 1710 et de la Constitution américaine de 1789 cités plus haut, il en ressort à notre sens que les droits des auteurs *secondaires* et des éditeurs sont fortement valorisés, par opposition à ceux des auteurs *originaires* des textes. Autrement dit, ces derniers ne sont en fin de compte qu'indirectement protégés à travers les éditeurs[269]. § 147

Il semble en effet que ces textes de lois eux-mêmes illustrent ce qui a été exposé auparavant concernant le statut des éditeurs, à savoir qu'ils sont les personnes assumant le risque économique lié au financement de la création de l'œuvre[270]. Analysé sous ce prisme, le *copyright* américain est en réalité sous-tendu par des principes commerciaux, offrant aux auteurs secondaires et aux éditeurs une protection supposée provoquer une incitation à la production d'œuvres intellectuelles suscitant un intérêt public. Ainsi, le pouvoir de motivation, fondé sur des promesses de nature financière, serait à la hauteur du niveau de protection qui leur est offert. Cette description nous évoque une forme de transaction : l'auteur secondaire est incité à produire une œuvre intellectuelle et s'il y parvient dans une mesure convenable, c'est-à-dire si l'œuvre permet de diffuser suffisamment de connaissances et d'informations au bénéfice du public, alors seulement le droit patrimonial qu'il sollicite pourra lui être conféré[271]. Les droits de nature économique sont donc en quelque sorte *instrumentalisés* dans le but de satisfaire l'intérêt public au progrès des sciences et des arts[272]. § 148

Une telle approche du droit d'auteur ignore toute forme de relation inhérente à une œuvre entre celle-ci et son auteur originaire[273], contrairement à celle mise en avant par les systèmes européens civilistes en la matière. Toutefois, en adhérant à la Convention de Berne, les États-Unis se devaient d'adap- § 149

268 LAWRENCE, p. 5.

269 KLEINEMENKE, p. 39.

270 Cf. *supra* § 89.

271 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, pp. 6-7.

272 LAWRENCE, p. 9.

273 KLEINEMENKE, p. 55 ; SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 6.

ter leur *copyright* national en conformité avec le droit supérieur et on introduit à cet effet une clause de droit moral[274].

§ 150 Ainsi, le *copyright* américain repose sur un équilibre qui se veut juste permettant de protéger les droits exclusifs des auteurs originaires sans pour autant mettre à mal les développements scientifiques et artistiques, comme l'illustre l'extrait suivant : *« We must take care to guard against two extremes, equally prejudicial: the one, that men of ability, who have employed their time in the service of the community, may not be deprived of their just merits, and the reward of their labor and ingenuity; the other, that the world may not be deprived of improvements, nor the progress of the arts retarded »*[275].

B. Les enjeux en lien avec l'œuvre dérivée

1. Généralités

§ 151 Le § 103 du Titre 17 U.S.C., dont fait partie le *Copyright Act* de 1976, précise que les œuvres dérivées sont protégées par le *copyright* américain au même titre que les œuvres originales. Il est pour cela requis que toutes les créations remplissent non seulement le critère d'originalité, mais également l'exigence de fixation sur un support tangible, aux termes du § 102 let. a du Titre 17 U.S.C.[276]. Le § 103 de la même source indique en outre que l'œuvre dérivée n'est protégée que dans la mesure de la partie la constituant qui est fondée sur une œuvre préexistante[277] (§ 103 let. a) et que le *copyright* dont bénéficie l'œuvre dérivée est indépendante de la protection accordée à la seconde (§ 103 let. b).

§ 152 Le Titre 17 U.S.C. dispose à son § 106 d'un certain nombre de droits exclusifs de nature patrimoniale à disposition de l'auteur originaire, parmi lesquels figurent notamment le droit de reproduction, le droit de distribution ou encore le droit d'adaptation, permettant la création d'œuvres dérivées. La protection des droits moraux est quant à elle prévue au § 106A de la loi en question. De la même manière que les législations européennes en la matière, les § 107 ss du Titre 17 U.S.C. prévoit une série de limitations aux droits exclusifs. La particularité des restrictions dans le *copyright* américain est que, contrairement au droit d'auteur européen, le fait de ne pas entrer dans le champ de l'une d'entre elles n'est pas la dernière étape de la réflexion. En effet, même si les conditions des restrictions, que nous qualifions de « plus spécifiques », ne

274 KLEINEMENKE, p. 54.

275 LAWRENCE, p. 9.

276 GINSBURG, p. 241.

277 GINSBURG, p. 242.

sont pas remplies, il reste toujours la possibilité d'invoquer l'exception la plus « insaisissable »[278] : le *fair use*.

§ 153 Cette dernière est particulièrement pertinente s'agissant des œuvres dérivées, puisque comme en droit suisse notamment, le Titre 17 U.S.C. ne prévoit pas de limitation spécifique relative aux œuvres dérivées dans leur ensemble. Cependant, l'outil du *fair use*, comme nous le verrons, permet potentiellement d'en protéger diverses formes qui ne sont pas codifiées directement dans le texte légal, et ce malgré l'opposition, ou sans nécessairement avoir obtenu l'autorisation préalable de l'auteur originaire[279].

2. La notion de « *fair use* »

a. Origine et définition

§ 154 Le concept de *fair use* (que l'on peut traduire par « usage loyal »), contrairement aux autres restrictions aux droits exclusifs de l'auteur codifiées dans la loi américaine sur le *copyright*, est à l'origine une création jurisprudentielle[280]. En effet, cette notion est apparue dans certains arrêts anglais tout d'abord sous les termes de « *fair abridgement* »[281], « *fair criticism* »[282] ou encore « *fair quotation* »[283]. Ces décisions retenaient toutes trois que l'utilisation de l'œuvre en cause pouvait être considérée comme « *fair* » lorsque « seules des parties isolées de [cette dernière] étaient reprises et qu'elles ne servaient que de point de départ à une nouvelle œuvre indépendante, profitant ainsi au progrès scientifique et, en fin de compte, au grand public »[284].

§ 155 Les formulations relativement spécifiques qui précèdent ont ensuite évolué pour devenir la notion plus générale de « *fair use* »[285], à laquelle il est fait référence en ces termes pour la première fois dans l'arrêt américain *Lawrence v. Dana*[286]. C'est toutefois un arrêt antérieur, *Folsom v. Marsch*[287], qui est plus communément considéré comme la première décision ayant appliqué en tant que telle la doctrine du *fair use* à un cas d'espèce[288]. Cette affaire opposait le titulaire de droits d'auteur sur des notes personnelles et officielles apparte-

278 GINSBURG, p. 246.
279 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 20.
280 SAG, p. 8.
281 *Gyles v. Wilcox*, § 490.
282 *Campbell v. Scott*, § 787.
283 *Wilkins v. Aikin*, § 164.
284 KLEINEMENKE, p. 99.
285 KLEINEMENKE, p. 100.
286 *Lawrence v. Dana*, § 58.
287 *Folsom v. Marsch*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass., 1841).
288 KLEINEMENKE, pp. 99-100.

nant au Président George Washington qui ont servi à la rédaction et à la publication d'un ouvrage qui leur était dédié, à l'auteur d'une biographie du Président reprenant 353 pages desdites notes personnelles publiées précédemment, ainsi que leur éditeur respectif. La question était de savoir si la copie des pages en question par l'auteur de la biographie constituait un « acte de contrefaçon » (« *act of piracy* ») au sens de la loi sur le *copyright* de 1841. La Cour a considéré que le *fair use* ne pouvait être admis en l'espèce, posant les fondements de ce qui deviendra un véritable principe : « *In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the material used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work* »[289].

§ 156 Au vu de ce tournant important dans la jurisprudence américaine, la doctrine du *fair use* s'est vue officiellement codifiée dans le *Copyright Act* de 1976[290], plus précisément au § 107 du Titre 17 U.S.C. Bien que traité dans un article à part entière, le *fair use* n'est pas clairement défini par la loi. Le libellé de sa clause, cité ci-après, n'offre en effet pour tout repère qu'une liste exemplative[291] :

« *§ 107: Limitations on exclusive rights: Fair use*

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
(2) the nature of the copyrighted work;
(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors. »

289 Résumé de la décision *Folsom v. Marsch*.

290 KLEINEMENKE, p. 100.

291 SAG, p. 8.

La structure de la disposition introduisant le *fair use* présente, à la suite de la- § 157
dite liste exemplative, quatre facteurs – rédigés pratiquement dans les mêmes termes que l'extrait de l'arrêt *Folsom v. Marsch* cité précédemment – qui doivent être pris en considération dans tous les cas potentiels de *fair use*. En d'autres termes, dans chaque situation où une exception de *fair use* peut être envisagée, il est nécessaire de procéder à l'examen de ces facteurs pour qualifier l'exception comme telle et pouvoir la retenir cas échéant. L'autorité devant se prononcer sur l'usage litigieux est tenue, dans un premier temps, de les analyser individuellement afin de déterminer le ou lesquels d'entre eux sont pertinents dans un cas concret, puis de procéder à une évaluation globale de l'usage en question à la lumière des facteurs retenus. L'articulation entre ces deux étapes demeure cependant imprécise[292].

Ainsi, les quatre facteurs du *fair use* ont la particularité d'être souples ; ils § 158
n'ont pas vocation à être exclusifs ni à cadrer des situations trop spécifiques, ce qui empêcherait des développements jurisprudentiels et doctrinaux ultérieurs[293].

Toujours dans le but de se familiariser avec la notion de *fair use*, nous al- § 159
lons à présent procéder à une brève présentation des quatre facteurs en question et des principales jurisprudences américaines y relatives.

b. Les facteurs déterminants quant à l'usage loyal d'une œuvre

i) Le but et le caractère de l'usage

Pour que l'usage d'une œuvre originaire soit considéré comme *fair* dans un § 160
cas d'application du § 107 du Titre 17 U.S.C., le premier critère à examiner est le but et le caractère de cet usage, à savoir s'il peut être qualifié de commercial ou non. Selon ce critère, si la réponse est positive, l'usage commercial risque alors de permettre à l'utilisateur de faire du profit au détriment du titulaire des droits exclusifs et ne peut donc pas être qualifié de *fair use*. Cette étape de l'analyse, de par son manque de précision, demeure toutefois une source de confusion pour les praticiens du droit[294].

Pour tenter de pallier ce doute, le facteur du but et du caractère de l'usage § 161
de l'œuvre a été développé dans l'arrêt *Sony v. Universal*[295], rendu en 1984 par la Cour Suprême américaine, dans lequel celle-ci a établi la règle selon laquelle *« every commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploi-*

292 FÖRSTER, p. 15.

293 SAG, pp. 8-9.

294 SAG, pp. 9-10.

295 *Sony Corp. of America v. Universal City Sudios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

tation of the monopoly privilege »[296]. Dans le cas d'espèce, cette présomption a permis d'admettre l'application du *fair use* dans la mesure où l'enregistrement de programmes de télévision à domicile par des privés dans le but de les visionner ultérieurement n'a pas été considéré comme un usage commercial desdits programmes[297].

§ 162 La Cour Suprême américaine a cependant atténué la valeur de la règle établie dans le cadre de l'affaire *Sony v. Universal* dans un autre arrêt rendu dix ans plus tard, *Campbell v. Acuff-Rose Music*[298]. Cette affaire portait sur la parodie réalisée par un groupe de Hip-Hop de la chanson originale *Oh, Pretty Woman* de l'artiste Roy Orbison. La version parodique portait le titre *Pretty Woman* et, selon l'instance inférieure, reprenait de manière trop évidente le « cœur » de la musique originale, constituant un cas de présomption de *« unfair use »* – soit d'usage « non loyal » de l'œuvre originale – de par la nature commerciale de la parodie. La Cour Suprême américaine s'est opposée à ce constat en expliquant que l'instance inférieure avait appliqué la présomption du premier facteur de *fair use* de manière trop catégorique ; elle insiste en effet sur le fait que celui-ci n'est que l'un des éléments à prendre en compte dans l'analyse globale et qu'il convient d'examiner dans la même mesure tous les autres facteurs pertinents dans le cas d'espèce[299]. En l'occurrence, le critère du caractère commercial ne permettait pas à lui seul d'exclure un cas de *fair use*.

§ 163 La Cour Suprême américaine précise en outre qu'une présomption à l'encontre des usages commerciaux engloberait pratiquement tous les exemples d'usages listés dans le premier paragraphe du § 107 du Titre 17 U.S.C., sachant qu'ils sont pour la plupart réalisés dans le but d'obtenir un bénéfice[300]. L'analyse du *fair use* s'arrêterait donc à ce stade et l'analyse des autres facteurs ne serait même pas nécessaire. Ainsi, il est à l'heure actuelle admis qu'une telle présomption au regard de la nature commerciale du premier facteur ne peut être la règle générale[301] et qu'il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret.

§ 164 Au vu des commentaires qui précèdent, il nous paraît donc pertinent de relever que bien que le facteur du but et du caractère de l'usage soit généralement l'un des éléments ayant le plus de poids dans l'analyse du *fair use*[302] (ce

296 *Sony v. Universal*, p. 451.

297 Résumé de la décision *Sony v. Universal*.

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

299 Résumé de la décision *Campbell v. Acuff-Rose Music*.

300 *Campbell v. Acuff-Rose Music*, § 584.

301 SAG, p. 10.

302 NETANEL, p. 723.

constat ayant été confirmé par des décisions récentes, comme nous le verrons plus bas[303]), les trois autres critères ne doivent pas être négligés.

ii) La nature de l'œuvre protégée

Le deuxième facteur pouvant permettre l'application du *fair use* à un cas d'es- § 165
pèce est celui de la nature de l'œuvre souhaitant en bénéficier. Cet examen consiste dans un premier temps à déterminer le degré de créativité d'une œuvre et, par ce moyen, établir si elle est ou non suffisamment créative par rapport à l'œuvre originale[304].

Il est ensuite également tenu compte du fait que l'œuvre originale soit § 166
déjà publiée ou non au moment de son utilisation, ainsi que du fait qu'elle soit éventuellement déjà épuisée[305]. La question s'était posée dans l'arrêt *Harper & Row v. The Nation*[306], dans laquelle la Cour Suprême américaine devait se prononcer sur le caractère *fair* ou non de la publication par le magazine *The Nation* d'un extrait d'une copie non autorisée des mémoires du Président Gerald Ford, qui avait vendu les droits exclusifs à la maison d'édition *Harper & Row Publishers, Inc*. Lors de son analyse de la nature de l'œuvre protégée, la Cour a précisé ce qui suit : « *(…) the unpublished nature of a work is a key, though not necessarily determinative, factor tending to negate a fair use defense* »[307].

Ainsi, contrairement au premier facteur du § 107 du Titre 17 U.S.C., la na- § 167
ture de l'œuvre protégée permet difficilement, à elle seule, l'application d'une exception de *fair use*. Il faudrait pour cela que son analyse soit combinée à celle d'un ou plusieurs autres critères dans le cadre de l'évaluation globale de l'usage en cause, tel qu'exposée plus haut[308].

iii) Le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée

Le troisième critère joue lui aussi un certain rôle dans l'analyse du *fair use* dans § 168
un cas d'espèce, bien qu'il soit moindre, tout comme la nature de l'œuvre protégée. Le texte de loi indique sans équivoque que la quantité et la qualité de l'utilisation doivent être prises en compte dans l'évaluation de l'usage soumis à une décision de l'autorité[309]. Nous pouvons également l'observer dans

303 Cf. *infra* § 215 ss.

304 KLEINEMENKE, p. 106.

305 KLEINEMENKE, p. 106.

306 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539 (1985).

307 Résumé de la décision *Harper & Row v. The Nation*.

308 Cf. *supra* § 157.

309 KLEINEMENKE, p. 106.

l'arrêt *Harper & Row v. The Nation* de la Cour Suprême américaine, qui a indiqué que certes, l'article litigieux ne constituait qu'une partie peu substantielle d'un point de vue quantitatif par rapport à l'ensemble du texte d'origine, mais que le contenu de l'extrait en question représentait « le cœur du livre » et revêtait à ce titre une qualité substantielle importante, liée à la valeur expressive de l'œuvre[310].

§ 169 En outre, le critère du volume et de l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée est intrinsèquement lié aux premier et au quatrième facteurs ; en effet, l'étendue de l'utilisation de l'œuvre protégée dépend du but (commercial ou non) de cette utilisation, ainsi que de l'impact que celle-ci peut avoir sur le titulaire des droits[311].

iv) L'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur

§ 170 L'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur est également un critère de poids dans l'analyse du *fair use*, dans la même mesure que le caractère commercial ou non de l'usage en cause[312]. En effet, la Cour Suprême américaine est allée jusqu'à déclarer dans son arrêt *Harper & Row v. The Nation* que le critère de l'incidence sur le marché potentiel était « sans aucun doute le plus important » de tous les facteurs du *fair use*[313] (affirmation qu'il convient de nuancer avec le rôle déterminant du premier facteur). À cet égard, elle a considéré que dans le cas d'espèce, en usant de la copie non autorisée des mémoires avant même leur publication par la maison d'édition *Harper & Row Publishers, Inc.*, le magazine *The Nation* a porté atteinte de manière directe au marché potentiel de l'œuvre protégée de la partie plaignante. La Cour a par ailleurs donné un bon exemple de la mise en balance globale requise de tous les facteurs en les abordant à tour de rôle[314].

§ 171 Cet arrêt, rendu une année après la décision *Sony v. Universal*, visait donc aussi à modérer la présomption relative au caractère commercial de l'usage de l'œuvre protégée[315] et à rééquilibrer le poids accordé aux divers facteurs, afin de ne pas les vider de leur substance. Nous précisons que dans les décisions plus récentes rendues aux États-Unis en matière de *fair use*, l'analyse de la finalité et du caractère de l'usage litigieux semble avoir détrôné le facteur

310 Résumé de la décision *Harper & Row v. The Nation*.

311 *Campbell v. Acuff-Rose Music*, § 587 ; SAG, p. 23.

312 NETANEL, p. 723.

313 *Harper & Row v. The Nation*, § 566.

314 Résumé de la décision *Harper & Row v. The Nation*.

315 NETANEL, p. 721.

de son incidence sur le marché potentiel de l'œuvre protégée, comme nous le verrons plus loin dans le cadre de notre examen des œuvres transformatives[316].

c. Le « fair use » : un outil plus flexible mais trop imprévisible ?

§ 172 Ainsi que nous l'avons évoqué en lien avec le test en trois étapes[317], le *fair use* présente lui aussi l'avantage d'offrir une grande flexibilité quant à son analyse et son interprétation, qui se reflète principalement dans sa formulation abstraite, ainsi que dans celle de ses facteurs. En effet, le concept même de *« fairness »* est plutôt considéré comme étant vague et difficile à saisir[318] ; certains auteurs vont jusqu'à qualifier le *fair use* de « notion ouverte », en ce sens qu'elle peut évoluer selon le changement des idéaux moraux[319] ou, d'un point de vue plus pratique, selon les développements jurisprudentiels qui la concernent.

§ 173 Si l'atout de la flexibilité est certes attrayant sous cet angle, il s'accompagne cependant, également de façon similaire au test en trois étapes, d'une grande part d'imprévisibilité[320]. En effet, bien que la nature imprécise du *fair use* permette de tenir compte des évolutions jurisprudentielles, il est communément admis qu'elle donne aussi lieu à des décisions divergentes et parfois incohérentes ou inconsistantes de la part des tribunaux[321], créant ainsi une certaine insécurité juridique. C'est ce que nous avons illustré à travers l'exemple de la présomption relative au caractère commercial de l'usage de l'œuvre protégée, qui a été édifiée en règle fixe dans l'arrêt *Sony v. Universal* et qui était supposée clarifier l'interprétation du *fair use* dans un cas comme celui-là, mais qui s'est vue largement atténuée par la suite dans les arrêts *Campbell v. Acuff-Rose Music* et *Harper & Row v. The Nation*.

§ 174 En dépit de ce constat, une partie de la doctrine s'accorde à penser qu'il existe tout de même une forme de cohérence dans la jurisprudence américaine relative au *fair use*[322]. NETANEL expose à cet effet que *« (…) courts' case by case application of fair use doctrine, far from being infinitely flexible and indeterminate, tends to coalesce in consistent patterns around particular categories of uses »*[323]. Se fondant sur des études antérieures consacrées au *fair use*, il observe en outre que le système légal américain lui-même se caractérise par

316 Cf. *infra* § 212 ss.

317 Cf. *supra* § 135.

318 OHLY, p. 89.

319 LAWRENCE, p. 11 ; NETANEL, p. 716.

320 BURRELL/COLEMANN, p. 252.

321 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 20 ; NETANEL, p. 716 ; SAG, p. 4.

322 SAG, p. 6.

323 NETANEL, pp. 727-728.

une certaine imprévisibilité, celle-ci découlant d'éléments déjà existants tels qu'une « discrétion judiciaire débridée, [d'une] jurisprudence axée sur les résultats, [d'une] influence démesurée de l'idéologie judiciaire », ou encore des « jugements arbitraires »[324]. Il en ressort qu'on ne peut raisonnablement s'attendre, au vu de ce portrait, à ce que le concept de *fair use* soit appliqué de manière beaucoup plus rigoureuse que le reste du droit américain. Au contraire, suivant le courant soutenant que la jurisprudence relative au *fair use* n'est pas que chaos et inconsistance, certains éléments récurrents (« *patterns* ») liés aux divers facteurs du *fair use* permettraient en réalité de prédire plus facilement les résultats de cas futurs[325]. NETANEL précise en outre que la doctrine du *fair use* ne serait plus aussi imprévisible que ce qu'elle était à l'époque des arrêts *Campbell v. Acuff-Rose Music* et *Harper & Row v. The Nation* ; depuis ce revirement jurisprudentiel, les décisions des tribunaux auraient évolué de manière homogène, offrant davantage de sécurité juridique[326].

II. Bilan

§ 175 Le chapitre qui précède nous a permis de mettre en exergue les caractéristiques du *copyright* dans le paradigme américain par opposition à la conception européenne du droit d'auteur. Ainsi, le *copyright* américain est moins nuancé que celui qui existe au Royaume-Uni ; les droits de nature économique sont nettement mis en avant lorsqu'il s'agit d'évaluer l'atteinte aux droits exclusifs d'un titulaire d'une œuvre préexistante, le droit moral passant plus souvent au second plan.

§ 176 La notion de *fair use*, méconnue des systèmes nationaux civilistes, caractérise également le *copyright* américain. Au travers de cette création jurisprudentielle, aujourd'hui codifiée au § 107 du Titre 17 U.S.C., les autorités de jugement américaines ont la possibilité de créer de nouveaux cas d'exceptions. En effet, contrairement au *fair dealing* appliqué en droit anglais, le *fair use* n'est pas rattaché à certaines hypothèses déterminées et peut être envisagé dans un nombre illimité de cas particuliers. Il se distingue également clairement du test en trois étapes de la Directive 2001/29/CE, qui sert avant tout à contrôler l'application d'exceptions d'ores et déjà existantes. En réalité, le seul véritable cadre permettant d'assurer une utilisation pertinente du *fair use* se matérialise à travers l'évaluation et le respect de ses quatre facteurs. Or comme nous l'avons relevé, ces critères n'ont pas pour but de viser des situations

324 NETANEL, p. 718.

325 NETANEL, p. 718.

326 NETANEL, p. 719.

particulières et demeurent malgré tout une source d'incertitude. En conséquence, alors que les cas envisagés permettant de faire exception au droit d'auteur sont connus antérieurement à la décision du juge dans le cadre du *fair dealing* et du test en trois étapes, ils ne le sont qu'*a posteriori* lorsque le *fair use* est invoqué[327]. S'agissant du *fair dealing*, nous l'avons vu, il ne peut tout bonnement pas être appliqué en dehors de cas visés par la loi. À l'instar du test en trois étapes, c'est le législateur qui détermine ces hypothèses ; le système est donc « fermé » en ce sens. Si toutefois l'acte d'exploitation en cause correspond à l'un des cas prévus par les art. 29 à 30A CDPA, le système « s'ouvre » et le juge appréciera s'il est équitable – soit loyal – selon les circonstances du cas d'espèce[328].

§ 177 C'est la raison pour laquelle on parle de système *ouvert* du *fair use*, qu'il s'agit donc de ne pas confondre avec le système *semi-ouvert* du *fair dealing* et à mettre en opposition avec le catalogue fermé des exceptions tel qu'il existe dans la plupart des législations européennes en matière de droit d'auteur.

§ 178 Au regard de l'œuvre dérivée, le système de *copyright* américain et le *fair use* en particulier sont plus favorables à la création de nouvelles œuvres. Le *fair use* a d'ailleurs été conçu comme un outil supposé offrir une certaine liberté aux créateurs d'œuvres secondaires, ce dans le but de satisfaire l'intérêt public et de promouvoir le progrès scientifique et artistique. Ces fondements originaires de l'exception de *fair use* ont toutefois évolué en ce sens qu'à l'heure actuelle, elle est également invoquée par des entreprises désireuses de développer de nouveaux usages et cherchant dès lors à légitimer des actes de nature davantage commerciale[329].

§ 179 Le droit d'auteur continental et le *copyright* américain ont tous deux faits l'objet d'une évolution idéologique, d'un cheminement conceptuel qui les ont finalement menés à leur vision respective. Il est à notre sens essentiel de procéder à leur analyse comparative afin d'en dégager les éléments caractéristiques de part et d'autre, mais également de dévoiler les contradictions, nuances et questionnements que cette étude soulève.

327 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 33.

328 BRUGUIÈRE/BERNAULT, p. 113.

329 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, pp. 33-34.

Chapitre 4 :
Analyse comparative des deux approches

I. Conclusion intermédiaire

A. Divergence des approches européenne et américaine

§ 180 Il est à présent clairement établi qu'il existe, de part et d'autre de l'Atlantique, deux systèmes continentaux de droit d'auteur qui, bien que convergents s'agissant de leur but dans l'absolu, à savoir la protection des auteurs et de leurs droits, présentent des conceptions opposées quant à la manière d'atteindre cet objectif.

§ 181 Sans revenir en détail sur leurs caractéristiques respectives, nous souhaitons mettre ici en exergue les appréhensions divergentes d'un élément en particulier, à savoir la notion même d'exception aux droits exclusifs de l'auteur. Celle-ci est en effet centrale à la compréhension du droit d'auteur européen et du *copyright* respectivement. En substance, les exceptions constituent à la fois des dérogations aux droits exclusifs de l'auteur, et donc aux droits fondamentaux dans la mesure où elles menacent le droit de *propriété* intellectuelle de l'auteur, mais également des « espaces de respiration du droit » permettant de tenir compte de l'intérêt public ou de certains « utilisateurs » d'œuvres[330]. Il s'agit de mettre ces deux aspects en balance et de préserver leur équilibre[331] ; or, c'est précisément sur ce point que repose la divergence principale des paradigmes européen et américain du droit d'auteur. Alors que le premier accorde une importance toute particulière à la protection des droits des titulaires, le second cherche à favoriser les progrès scientifiques et les développements artistiques en protégeant la liberté d'expression des auteurs secondaires et des utilisateurs. Ainsi, l'origine de cette évolution divergente semble être liée à la conception respective du droit d'auteur en tant que propriété privée[332] ; l'ensemble du système européen et américain paraît dès lors s'articuler autour de la vision qui est prépondérante au sein de chaque paradigme.

§ 182 En dépit de tout ce qui précède, il nous semble pertinent de relever que si le droit d'auteur des pays civilistes et le *copyright* américain sont souvent

330 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 39.

331 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 40.

332 LAWRENCE, p. 6.

présentés comme étant aux antipodes l'un de l'autre, ils présentent pourtant un certain nombre de similarités. Cette réflexion découle en particulier du test en trois étapes, qui, comme nous l'avons vu, est un instrument international trouvant application sur les deux continents. En conséquence, une mise en œuvre efficace du test ne saurait être assurée si aucun lien ne pouvait être établi entre les deux systèmes[333]. Cela nous amène à nous interroger sur une éventuelle influence mutuelle, passée ou future, entre ces derniers.

B. Influence réciproque des approches américaine et européenne

1. Du droit d'auteur dans le *« copyright »*

Bien que son objectif soit à l'évidence de nature utilitariste, le *Statute of Anne* de 1710 – soit l'origine commune partagée par le *copyright* anglais et américain respectivement – a été adopté à la lumière des idéaux de John LOCKE, en particulier sa conception du travail et de la propriété privée[334]. En substance, la théorie lockienne consiste à légitimer la propriété par le travail, sur la base d'un droit naturel[335] qui peut être mis en lien avec la vision personnaliste du droit d'auteur. L'évolution de la conception américaine du *copyright* semble découler plus directement du *« middle class property strand »*, à savoir des enjeux relatifs à la propriété intellectuelle qui touchent la classe moyenne. Par opposition, la tradition monarchique anglaise issue du *Statute of Anne* de 1710 valorise davantage un bénéfice sociétal plus global[336]. § 183

En effet, il a été constaté qu'avant l'entrée en vigueur de la Constitution américaine de 1789 et du *Copyright Act* de 1790, et contrairement au caractère utilitariste que revêt également leur contenu, les *statutes* en la matière de tous les États du continent, à l'exception du Delaware, faisaient état en grande partie de principes de droit naturel. En outre, au cours du 19ème siècle, les cours américaines avaient tendance à défendre le droit d'auteur en arguant des critères de justice et de droit à une protection de l'œuvre plutôt qu'en mettant en avant un intérêt public[337]. § 184

Nous observons donc, au cours de son histoire, une tendance du *copyright* américain à sortir du cadre de son système de *common law* traditionnel, axé sur des considérations économiques, pour intégrer des notions qui se rattachent plutôt à la conception civiliste du droit d'auteur. En d'autres termes, il semblerait que là où la législation américaine, dans sa vision utilitariste, ne pouvait § 185

333 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 7.

334 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 8.

335 CAPALDI/LLOYD, p. 5.

336 LAWRENCE, p. 5.

337 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 8.

suffisamment protéger la relation entre l'auteur et son œuvre, le droit d'auteur tel qu'il existe dans les pays européens pouvait quant à lui offrir et compléter ladite protection sur la base de son caractère naturel et personnaliste.

2. Du « *copyright* » dans le droit d'auteur

§ 186 Une dynamique similaire peut être relevée du côté du droit d'auteur européen. S'agissant de son historique, SENFTLEBEN explique que « *at an early stage of development, the notion of authors' natural rights had not yet been linked with the romantic elaboration of criteria such as originality, organic form and the work of art as a materialization of the unique personality of the artist* ». À l'inverse, le droit naturel servait plutôt de fondement permettant de légitimer les intérêts économiques des libraires et éditeurs, sans que la personne même de l'auteur ne puisse en bénéficier directement[338].

§ 187 Plus récemment, il a été question d'introduire, au moment du projet de révision de la Directive 2009/21/CE en 2014, des assouplissements du droit d'auteur inspiré du *fair use*[339] – nous reviendrons plus en détail sur la manière dont cette proposition a été accueillie ci-après[340]. D'autres auteurs évoquent également dans leurs écrits les avantages que présente l'intégration d'une notion similaire au *fair dealing* à la législation sur le droit d'auteur[341]. Nous observons donc un intérêt grandissant pour des concepts de *common law* issus de systèmes de *copyright* utilitaristes dans la doctrine européenne en la matière. À notre sens, le fait même de s'intéresser à un système externe démontre que le cadre juridique du droit d'auteur tel que nous le connaissons présente un certain nombre d'inconvénients, qui ne peuvent être résolus qu'en cherchant des réponses sous le prisme d'une conception étrangère à la nôtre.

II. Enjeux principaux

A. Avantages et inconvénients respectifs

§ 188 Les atouts des deux paradigmes qui nous intéressent peuvent, au vu de ce que nous avons exposé, se résumer comme suit : d'une part, un système européen offrant une véritable sécurité juridique, et d'autre part, un système américain qui se caractérise par sa flexibilité.

§ 189 S'agissant du premier, le « revers de la médaille » est qu'une certaine rigidité paraît inévitable, au regard des exceptions au droit d'auteur notamment.

338 SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test*, p. 8.

339 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, pp. 32-33.

340 Cf. *infra* § 200 ss.

341 BRUGUIÈRE/BERNAULT, p. 111 ss.

BENHAMOU et FARCHY exposent à ce titre – en parlant du droit français – que « les exceptions sont définies de manière exhaustive par le code de la propriété intellectuelle, ce qui présente à la fois moins de souplesse mais également moins d'ambiguïtés sur ce que seront les usages tolérés ou non par les tribunaux »[342].

§ 190 Le *copyright* américain, soit le *fair use* en particulier, présente quant à lui le désavantage de donner des résultats imprévisibles et parfois incohérents, bien que certaines études mettent en avant une pratique des tribunaux qui suivrait à l'inverse un schéma d'analyse consistant[343] et qui revêtirait dès lors une forme de sécurité juridique à cet égard.

§ 191 Ces divers constats visent à dépeindre l'état des deux conceptions du droit d'auteur de leurs premiers développements jusqu'à ce jour. Il convient à présent de mettre en évidence le rôle et l'adaptabilité de leurs caractéristiques respectives dans un contexte plus actuel et incertain quant à son évolution : le monde du numérique.

B. Remise en question liée à l'ère numérique

§ 192 À l'heure où le Web 3.0, axé sur une décentralisation des données visant à redonner du pouvoir aux utilisateurs[344], est en plein essor, il n'est pas étonnant de constater que le domaine culturel et artistique s'en trouve fortement impacté. En effet, l'Internet que nous connaissons aujourd'hui facilite l'accès aux œuvres et en permet la reproduction et la diffusion à l'infini[345]. La multiplication des reproductions numériques des œuvres due au développement rapide des réseaux virtuels soulève dès lors des questions relatives à la violation potentielle des droits d'auteur, dont « le respect (…) repose sur les considérations d'ordre éthique et moral des internautes »[346]. Nous nous limiterons ici à un bref survol des caractéristiques du monde numérique en lien avec les enjeux de notre analyse comparative uniquement, la deuxième partie de ce travail y étant consacrée de manière exhaustive.

§ 193 Tout d'abord, l'Internet se caractérise par le fait qu'il constitue un nouveau territoire virtuel qui, contrairement aux territoires physiques, n'est pas délimité par des frontières concrètes et consiste principalement en une circulation de flux de données. Ainsi, de par son ubiquité intrinsèque, le monde numérique revêt principalement une nature internationale, ce qui rend plus difficile la détermination de la réglementation applicable parmi celles exis-

342 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 20.

343 SAG, p. 5 ; cf. *supra* § 174.

344 CHATEAU, *Internet web 2.0 : enjeux et stratégies digitales B2B*.

345 BERBINAU, p. 20 ; MAIRE (abstract).

346 MAIRE, p. 210.

tantes ; il faut cependant garder à l'esprit que l'activité sur le Web passe par le territoire des États et a un effet direct sur ceux-ci[347], ce qui les amène naturellement à légiférer dans le but d'agir concrètement sur ladite activité en ligne[348] et, s'agissant du droit d'auteur, de protéger les droits exclusifs de celui-ci[349].

§ 194 En particulier, la numérisation des œuvres a pour conséquence de les dématérialiser, soit de changer leur nature. Cela « constitue pour l'auteur une désacralisation de son œuvre puisque tout utilisateur [du Web] peut la manipuler comme il l'entend »[350]. Dans un tel contexte, ce sont principalement les droits moraux de l'auteur, à savoir le droit à la paternité et à l'intégrité de l'œuvre (y compris le droit exclusif d'autoriser les adaptations et autres transformations de l'œuvre, conformément à l'art. 11 al. 1 LDA et à l'art. 12 de la Convention de Berne) qui risquent d'être mis à mal[351]. Sous l'angle du second, l'intégrité de l'œuvre est considérée comme directement atteinte « lorsqu'une modification tangible est apportée à la substance même de l'œuvre »[352], dans le cas d'espèce sa nature analogique. Il peut sembler contradictoire de parler de dématérialisation alors qu'une œuvre constitue par essence un bien immatériel ; l'atteinte dont on parle ici porte toutefois sur la forme sous laquelle l'œuvre est perçue et qui se trouve directement affectée[353]. On cherche ainsi à sauvegarder le droit à l'intégrité et à la paternité de l'œuvre en appliquant des lois déjà existantes aux technologies numériques (comme c'est le cas avec la Loi sur le droit d'auteur canadien de 1985[354])[355] ou au moyen de nouvelles législations en la matière (pour les États-Unis, le *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 (DMCA) et pour l'Europe, la Directive 2001/29/CE). Par ailleurs, les progrès technologiques suscitent également des préoccupations de nature économique relatives à la rémunération des auteurs. L'un des objectifs principaux de la révision de la LDA suisse entrée en vigueur le 1er avril 2020 était précisément de limiter l'écart de valeur (« *value gap* ») qui existe entre l'utilisation croissante des œuvres et des prestations en ligne et les rémunérations que les auteurs peuvent tirer de ces usages[356].

347 VIANGALLI, p. 201.

348 VIANGALLI, p. 202.

349 MAIRE, p. 211.

350 BENHAMOU/FARCHY, 2014, p. 55.

351 TORREMANS, *Introduction*, p. 49.

352 DE WERRA, *Le droit à l'intégrité de l'œuvre*, p. 68 § 49.

353 DE WERRA, *Le droit à l'intégrité de l'œuvre*, p. 68 note 27.

354 Loi sur le droit d'auteur canadien de 1985 (L.R.C., ch. C-42).

355 MAIRE, p. 215.

356 *Suivi de la révision de la loi sur le droit d'auteur*, p. 6.

Se pose dès lors la question de la compatibilité du cadre juridique dans le domaine du droit d'auteur relatif au « monde réel » avec les particularités des réseaux virtuels telles que décrites précédemment. En effet, malgré l'entrée en vigueur des lois susmentionnées, la complexité des dispositions régissant le droit d'auteur et la variabilité des transpositions en lois nationales (s'agissant de la Directive 2001/29/CE notamment) ne semblent pas avoir permis d'obtenir une « solution logicielle ou matérielle » qui apporte pleine et entière satisfaction[357]. Si l'on adopte le point de vue du paradigme européen, certains auteurs attribuent cette efficacité partielle des divers cadres juridiques appliqués au fait que la conception traditionnelle de la plupart des notions du droit d'auteur selon ce système n'est tout simplement pas adaptée à l'univers numérique[358] – qui, nous le rappelons, se distingue principalement du monde analogique par son ubiquité, la dématérialisation des œuvres et la vitesse à laquelle il se développe. § 195

Pour SENFTLEBEN, la réponse à l'incompatibilité entre le droit d'auteur tel qu'il existe dans le monde analogique et les réseaux virtuels ne peut être trouvée qu'à travers une nouvelle mise en balance entre la sécurité juridique, largement valorisée au sein de la conception européenne, et la flexibilité, typique du système du *copyright*. Il expose à ce titre que *« [i]n the light of important opportunities offered by rapid development of the internet, the advantage of flexibility may even be deemed more important than the benefits of enhanced legal certainty »*[359]. Dans la continuité de cette réflexion, SAG souligne, en parlant du *copyright*, que l'ère numérique, dans la mesure où elle tend vers l'innovation et la liberté d'expression, requiert une utilisation et une reproduction accrues des contenus au bénéfice de droits d'auteur, et donc une certaine souplesse. Dans un tel contexte, il est d'avis que le *fair use* est souvent un outil nécessaire à la réalisation de ces opérations[360]. Nous en déduisons que cet instrument juridique, et *a fortiori* les législations de *common law*, seraient plus adaptés aux enjeux liés au monde virtuel et en particulier au développement de réglementations en matière de droit d'auteur « technologiquement neutres »[361]. § 196

Ainsi, du côté du système européen du droit d'auteur, une véritable remise en question semble être à l'ordre du jour. L'intérêt évoqué plus haut que portent certains auteurs de doctrine européenne en matière de droit d'auteur § 197

357 BERBINAU, p. 22.

358 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 7.

359 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, N 11.

360 SAG, p. 3.

361 HUGENHOLTZ/SENFTLEBEN, p. 4.

à l'égard des concepts issus du *copyright* américain, tels que le *fair use*, semble prendre ici tout son sens. Alors que l'influence de cette conception n'a été jusqu'à maintenant que très timide et limitée au stade de la théorie, elle devrait selon nous prendre davantage d'importance face à l'ère numérique, concrète et dynamique, dans laquelle nous vivons aujourd'hui.

§ 198 Une telle introduction de certains aspects de *common law* dans le droit d'auteur européen n'est toutefois pas envisageable sans certaines réprobations, fondées ou non. C'est à celles-ci que nous allons à présent nous intéresser.

III. Réticence face au système « ouvert »

A. La notion de « *fair use* » : une menace pour le droit d'auteur européen ?

1. Rappel et généralités

§ 199 De par le clivage conceptuel qui sépare les paradigmes européen et américain du droit d'auteur, le *fair use* est pendant longtemps apparu comme une notion « taboue » aux yeux de la doctrine européenne en matière de droit d'auteur[362]. Sa caractéristique principale, à savoir sa flexibilité, est pour grand nombre d'auteurs reléguée au second plan face à la nature imprévisible des résultats de son application aux cas concrets.

2. Les considérations du Rapport de la mission sur la révision de la Directive 2001/29/CE

§ 200 Dans une communication sur le contenu dans le marché unique numérique du 18 décembre 2012, la Commission européenne a fait état de la situation actuelle du droit d'auteur et des droits voisins à l'ère du numérique et a indiqué qu'elle poursuivait deux démarches parallèles pour améliorer le fonctionnement du marché unique numérique[363] : d'une part, elle souhaitait mener à terme la modernisation du cadre législatif de l'UE en matière de droit d'auteur en vigueur à l'époque et proposer des solutions pratiques dans ce cadre-là, et d'autre part, engager des discussions structurées orientées vers une révision de la législation européenne en matière de droit d'auteur dans le but de consolider davantage sa compatibilité avec l'environnement technologique actuel[364]. Dans le cadre de ces discussions, le président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, instance consultative indépen-

362 HUGENHOLTZ/SENFTLEBEN, p. 4.

363 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 3.

364 *Communication sur le contenu dans le marché unique numérique*, p. 3.

dante française en la matière, a mis en place une mission chargée de l'analyse des points de vue et enjeux entourant la révision du système législatif européen en droit d'auteur, en particulier de la Directive 2001/29/CE[365]. Il nous apparaît pertinent de présenter les grandes lignes du rapport de cette mission, dans la mesure où elles permettent d'apporter un éclairage sur la réaction de rejet apparent qui en découle face aux propositions soumises.

§ 201 Le projet de révision de la Directive 2001/29/CE, soutenu par des prestataires techniques et certaines catégories d'utilisateurs et associations de consommateurs, visait à trouver, s'agissant des premiers, des solutions à trois problèmes principaux. Tout d'abord, les opérateurs considéraient que la directive était régie par une conception traditionnelle des notions de droit de reproduction et de droit de communication au public, cette conception n'étant selon eux pas compatible avec le monde numérique. Ils évoquaient ainsi à titre d'exemple le fait que les services offerts par l'Internet supposent des copies successives d'œuvres, qui ne pouvaient être perçues comme mettant en œuvre le droit de reproduction de manière systématique. La même logique était à leur sens applicable aux liens renvoyant de sites en sites au regard du droit de communication ou de mise à disposition du public[366].

§ 202 Deuxièmement, les opérateurs estimaient que le bon fonctionnement du marché intérieur était mis à mal par la territorialité du droit d'auteur et par le système de la liste d'exceptions et limitations facultatives interprétées de manière stricte, qu'ils déclaraient comme étant trop longue. De plus, ils prônaient une application du test en trois étapes prévu à l'art. 5 § 5 de la Directive 2001/29/CE pour déterminer si un acte mettait en œuvre ou échappait au droit exclusif de l'auteur[367].

§ 203 Le dernier problème à résoudre qui concernait les prestataires techniques était le caractère trop général et le risque important de décisions contestables qui découlaient des dispositions de la directive autorisant les États membres à prendre des mesures appropriées contre les atteintes au droit d'auteur[368].

§ 204 S'agissant des utilisateurs et associations de consommateurs, ceux-ci revendiquaient essentiellement un élargissement du champ trop restrictif de certaines exceptions et limitations existantes en droit d'auteur, et la possibilité de créer de nouvelles exceptions qui tiendraient compte d'usages plus récents qui n'étaient jusqu'alors pas réglementés. Elles concerneraient notamment les œuvres transformatives, le *« text and data mining »* (ci-après : TDM)

365 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 3.
366 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 7.
367 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 7.
368 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 7.

ou encore les « *user-generated contents* » (ci-après : UGCs)[369], sur lesquels nous reviendrons plus tard dans ce travail[370].

§ 205 Il ressort de ce qui précède qu'étaient donc souhaités une harmonisation et un assouplissement général du droit d'auteur, et *a fortiori*, une nouvelle approche plus adaptée à l'ère numérique. Dans cette optique, certains intervenants sont allés jusqu'à proposer l'abandon de la conception européenne actuelle du droit d'auteur, qui consiste en une « énumération de cas spéciaux assortis d'un certain nombre de conditions », et l'introduction d'une exception unique de type *fair use*[371].

§ 206 Plusieurs arguments ont été avancés par les membres de la mission pour contrer ces revendications. Ils ont commencé par rappeler le contexte dans lequel la discussion autour d'une révision du droit d'auteur au niveau européen intervenait, à savoir « une période où les utilisateurs paraissent moins sensibles à la nécessité d'une juste rémunération des auteurs et où les évolutions technologiques et économiques ont renforcé la position des prestataires techniques de l'Internet »[372]. Ils considéraient en effet que les développements récents du numérique ont « redéfini la chaîne de valeur dans l'économie de la culture, au détriment des auteurs, interprètes ou producteurs d'œuvres protégées et en faveur des prestataires de services de communication en ligne »[373], impactant non seulement l'accès aux biens culturels mais également leur mode de consommation[374].

§ 207 C'est à la lumière de ces considérations que les membres de la mission ont indiqué que la révision de la Directive 2001/29/CE présentait un risque important de régression de la protection du droit d'auteur au niveau européen et que le texte actuel de la directive permettait en l'état de la maintenir[375]. En ce sens, ils ont précisé que les exceptions et limitations aux droits exclusifs de l'auteur constituent non pas des droits pour leurs bénéficiaires, pouvant être invoqués en soutien à une action formée à titre principal, mais bien un simple mécanisme de défense face à un acte de violation. Par ailleurs, mise à part l'exception pour copie technique intermédiaire prévue à l'art. 5 § 1 de la Directive 2001/29/CE, ces exceptions demeurent facultatives[376] et la marge de manœuvre dont disposent les États membres s'agissant de la transposition

369 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 8.
370 Cf. respectivement *infra* § 212 ss, 272 ss et 285 ss.
371 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 32.
372 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 5.
373 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 10.
374 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 10.
375 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 5.
376 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 5.

des exceptions en droit interne est encadrée par l'exigence d'un « juste équilibre entre les droits et intérêts des auteurs, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part »[377]. Ainsi, au vu des exigences imposées aux législateurs nationaux à cet égard, une harmonisation pouvait, selon les opposants à la révision, déjà être assurée.

§ 208 Concernant la territorialité des droits, ces derniers ont également rappelé que des licences multiterritoriales pour l'exploitation d'œuvres en ligne pouvaient notamment être accordées, et ce sans que l'on ait constaté qu'il en découle une atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur[378].

§ 209 L'introduction d'un système ouvert de type *fair use* demeurait toutefois le point le plus sensible pour les membres de la mission. Afin d'éviter des répétitions, nous renvoyons à ce qui a été exposé plus haut sur son caractère imprévisible et les résultats incohérents et inégaux qui peuvent découler de son application en pratique[379]. Après avoir énuméré les désavantages du *fair use*, les membres de la mission ont insisté sur l'importance de maintenir ce qu'elle nomme « la méthode analytique des exceptions » pour assurer un équilibre entre les divers intérêts en jeu, et en particulier la protection des auteurs et des œuvres protégées. De manière générale, l'accent a été mis sur le fait que le système d'exceptions appliqué par la Directive 2001/29/CE et le test en trois étapes prévu à son art. 5 § 5 constituent des espaces de respiration du droit qui suffisent à satisfaire les besoins des utilisateurs notamment. L'étude menée par HUGENHOLTZ et SENFTLEBEN va également dans le sens d'une mise en exergue de la plasticité du système européen : la conception analytique des limitations aux droits exclusifs permettait elle aussi d'assouplir le droit d'auteur – notamment de par la nature évolutive des restrictions due à leur caractère imprécis[380] – sans qu'il soit nécessaire d'introduire un système ouvert.

§ 210 Il est intéressant de constater à quel point le système fermé est ancré dans la culture européenne du droit d'auteur. Le rapport de la mission rappelle en effet que la liste d'exceptions d'interprétation stricte qui la caractérise correspond à la volonté du législateur européen et aux traditions des États membres[381], et, en parlant du *fair use*, à quel point « le *modus operandi* paraît étranger à la culture juridique européenne »[382]. Ce dernier point semblerait, en somme, constituer un argument unique englobant tout ce qui précède.

377 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 13.
378 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 13.
379 Cf. *supra* § 172 ss.
380 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 35.
381 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 32.
382 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 35.

§ 211 Nous allons à présent nous intéresser à un cas particulier, dont les enjeux sont à cheval entre le monde analogique et numérique, qui illustre à notre sens les problèmes que peut poser la réticence de la doctrine européenne face à un système de type *fair use* : celui des œuvres dites transformatives.

B. Un exemple concret : les œuvres « transformatives »

1. Définition et jurisprudences

§ 212 La notion de « transformativité » de l'œuvre, très pertinente au regard des œuvres dérivées, est issue de la jurisprudence américaine : c'est en effet l'un des critères qui a été dégagé des différents cas d'application du *fair use*, en particulier du deuxième facteur relatif à la nature de l'usage de l'œuvre[383]. Ce que l'on qualifie de « test de transformativité » consiste donc à établir dans un premier temps le contenu, le contexte et le but principal de l'œuvre originaire. Il s'agit ensuite de procéder à une comparaison avec l'œuvre dérivée pour déterminer si l'usage prétendument loyal de l'œuvre originaire modifie ces paramètres d'une manière qui « fasse progresser les arts ainsi que la promotion de la création d'une expression nouvelle et originale », conformément au § 107 Titre 17 U.S.C.[384]. La Cour Suprême américaine a eu plusieurs fois la possibilité d'affiner les contours de cette notion de « transformativité » ; dans sa décision rendue dans l'affaire *Campbell v. Acuff-Rose Music* mentionné dans le chapitre précédent, elle précise notamment qu'une œuvre transformative est une œuvre qui « ajoute quelque chose de neuf, qui a une finalité distincte ou un caractère différent et qui modifie la première par un nouvel apport en termes d'expression, de sens ou de message »[385].

§ 213 En outre, une distinction est parfois opérée entre les notions de *création* transformative et d'*usage* transformatif, quoique difficile à cerner dans la mesure où la première résulte toujours du second, mais ne s'y limite pas. Le terme de « création » évoque un processus de création propre, soit un objet singulier, bien que découlant d'une ou plusieurs œuvres préexistantes. Si l'on devait retenir la notion de « création » en pratique, l'auteur de l'œuvre transformative serait habilité à revendiquer un droit d'auteur sur celle-ci, à condition qu'elle respecte également le critère d'originalité. En choisissant d'appliquer un terme plus neutre tel qu'« usage » transformatif, la prétention de l'auteur secondaire se verrait accordée de manière moins systématique. Ainsi, le choix terminologique pourrait mener à des effets juridiques substantiellement différents[386].

383 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 13.

384 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 14.

385 *Campbell v. Acuff-Rose Music*, § 579.

386 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 25.

Nonobstant cette distinction théorique, nous précisons que dans le cadre de ce travail, il sera fait référence aux notions de création et usage transformatifs de manière indifférente.

§ 214 L'affaire *Perfect 10 v. Amazon.com*[387] a également apporté un éclairage sur le concept qui nous intéresse. Elle concernait un site d'abonnement à des images de modèles nues, *Perfect 10, Inc.*, qui s'était plaint que les résultats du système de recherche d'images d'*Amazon.com, Inc.* incluaient des images issues du site en question, violant ses *copyrights*. Lesdites images figurant dans le moteur de recherche apparaissaient comme des miniatures des images originales et de résolution inférieure. Soumises au test de transformativité, la Cour Suprême américaine a considéré que l'usage des images de *Perfect 10., Inc.* était loyal dans le cas d'espèce. En effet, elle l'a qualifié de « hautement transformatif » dans la mesure où le fait d'avoir transformé les images originales en pointeur qui dirige un utilisateur vers une source d'information, soit en incorporant une œuvre originale dans un outil de recherche électronique, apporte un bénéfice social et ne porte pas atteinte au marché potentiel de l'œuvre protégée[388]. Plus précisément, la *finalité* de l'usage des images (soit le premier facteur du *fair use*) n'est plus la même. Ainsi, selon cette autorité, la transformation de l'œuvre ne nécessite pas forcément une modification physique de la forme ou du contenu intrinsèque de l'œuvre première ; en effet, une simple recontextualisation peut suffire pour créer une œuvre transformative[389].

§ 215 Dans un autre arrêt – déterminant en la matière – datant de 2021[390], la Cour d'appel américaine s'est à nouveau prononcée sur le caractère transformatif d'une œuvre artistique secondaire. En substance, l'affaire mettait en cause la *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc.* (ci-après : AWF), qui contrôle et assure la gestion des licences sur les œuvres de l'artiste défunt, et la photographe Lynn Goldsmith. En 1981, cette dernière avait réalisé une série de photographies du chanteur Prince, dont l'une avait été mise sous licence en 1984 par l'agence de Lynn Goldsmith, avec son accord, en faveur du magazine *Vanity Fair* pour servir de « référence aux artistes ». Suite à cet accord, Andy Warhol, choisi par le magazine pour réaliser le projet, s'est inspiré du cliché en cause pour créer une série d'illustrations de Prince publiée dans *Vanity Fair* (la « *Prince's Series* »). Après le décès du chanteur, *Condé Nast*, le groupe américain d'édition détenant *Vanity Fair*, s'est enquis auprès de l'AWF

387 *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Circuit, 2007).

388 Résumé de la décision *Perfect 10 v. Amazon.com*.

389 *Perfect 10 v. Amazon.com*, § 1165.

390 *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 19-2420-cv (24 août 2021).

de la possibilité de republier la photographie originale ayant inspirée la *« Prince's Series »* quelques années auparavant, cette fois pour une édition spéciale du magazine en hommage à Prince. Toutefois, au lieu du cliché original, *Vanity Fair* a choisi d'utiliser une autre photographie tirée de la *« Prince's Series »* comme image de couverture, sans créditer ni offrir de compensation financière à la photographe Lynn Goldsmith. Ayant reconnu sa photographie « revisitée » de l'artiste dans la publication, cette dernière a estimé que l'AWF en avait usé de manière déloyale, soit sans son autorisation, et avait donc violé ses *copyrights* à ce titre. Après que Lynn Goldsmith en a informé la défenderesse, celle-ci s'y est opposée en invoquant l'application du *fair use* sous l'angle transformatif. En particulier, elle souligne le fait que l'œuvre originale de Goldsmith transmettait une image très humaine et vulnérable de Prince, tandis que l'œuvre secondaire créée par l'AWF véhiculait plutôt un portrait iconique et intemporel du chanteur, révélant la pérennité de sa célébrité[391]. Alors que l'instance précédente avait admis que l'illustration de l'AWF constituait une œuvre transformative, la Cour d'appel indique à l'inverse que « le fait d'ajouter une nouvelle esthétique ou expression à une œuvre [préexistante] n'est pas nécessairement un [processus transformatif] ». Elle rappelle que l'examen habituel consiste à évaluer la similitude entre les buts respectifs des deux œuvres – soit déterminer si la finalité de l'œuvre transformative est effectivement autre, en précisant toutefois que, dans le domaine artistique en particulier, l'œuvre secondaire ne peut pas se contenter d'appliquer le style d'un autre artiste à l'œuvre originale pour espérer s'en distinguer de manière suffisante[392]. À cet égard, la Cour d'appel a également expliqué que l'autorité de première instance avait déclaré à tort que « chaque œuvre de la '*Prince's Series*' était transformative » parce qu'elle était « immédiatement reconnaissable comme étant une œuvre de Warhol » ; une telle logique aurait en effet créé un « privilège de plagiat » en faveur des artistes célèbres[393]. Ainsi, après examen des quatre facteurs, la Cour d'appel américaine a tranché en ce sens que le *fair use* ne pouvait être retenu en l'espèce[394]. Cette décision a été confirmée en mai 2023 par la Cour Suprême[395], qui a précisé les contours de la notion de transformativité en ces termes : *« In a broad sense, a use that has a dis-*

391 *AWF v. Goldsmith*, 2023, p. 28.

392 Pour une meilleure compréhension visuelle du cas, nous précisons que la photographie originale de Lynn Goldsmith avait donc été colorée conformément à l'esthétique très reconnaissable d'Andy Warhol, similaire à celle utilisée pour sa célèbre sérigraphie de Marylin Monroe.

393 *AWF v. Goldsmith*, 2023, pp. 10-11.

394 Résumé de la décision *AWF v. Goldsmith*, 2021.

395 *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith*, 21-869 (18 mai 2023).

tinct purpose is justified because it furthers the goal of copyright, namely, to promote the progress of science and the arts, without diminishing the incentive to create »[396].

§ 216 Il ressort de ces jurisprudences que le test de transformativité, en ce qu'il permet de se prononcer sur la finalité distincte ou non de l'œuvre transformative, est devenu un critère central dans l'analyse du *fair use*, capable dans certains cas d'augmenter les chances que celui-ci soit appliqué, mais également de l'exclure[397]. En particulier, le poids des autres facteurs peut se retrouver fortement atténué dans les cas où le caractère transformatif de l'œuvre analysée est très proéminent[398]. Certains auteurs déplorent cette conséquence, qui semble se produire de manière relativement systématique dans les cas de *fair use* soumis aux cours américaines. Il est vrai que, conformément au but inhérent au *copyright* américain, les œuvres transformatives incarnent un exemple de pratique typique du *fair use* visant à promouvoir les développements scientifiques et artistiques au bénéfice de la société[399], et le Congrès des États-Unis[400] encourage en particulier l'évolution de cette pratique en parallèle aux avancées technologiques. Cependant, le but n'est pas de contourner les facteurs du *fair use* ancrés dans le *Copyright Act* américain en faisant systématiquement valoir le cas particulier de l'usage transformatif dès qu'il semble applicable à un cas d'espèce[401].

§ 217 Certaines autorités de justice américaines semblent toutefois adopter cette approche en pratique et appréhender la transformativité comme une notion binaire (soit l'œuvre est transformative, soit elle ne l'est pas), sans en préciser le *degré*[402]. Il en résulte un risque que l'on ne distingue plus réellement les cas de procédés transformatifs d'une œuvre préexistante qui mènent à la création d'une œuvre dérivée, des cas d'usages transformatifs pouvant être qualifiés de *fair use*[403]. Le fait d'appliquer aussi fréquemment le § 107 du Titre 17 U.S.C. pourrait en outre vider le § 106 (2) de sa substance, qui permet aux titulaires des droits exclusifs d'autoriser la création d'œuvres dérivées fondées sur l'œuvre protégée (soit l'équivalent de l'art. 11 al. 1 let. b LDA). En d'autres termes, l'ayant droit n'aurait plus la possibilité d'accorder son auto-

396 *AWF v. Goldsmith*, Syllabus, p. 4.
397 SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test*, N 40.
398 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, §§ 583-584.
399 NETANEL, pp. 724-725.
400 Autorité législative américaine.
401 MENELL/BALGANESH/GINSBURG, p. 2 et 5.
402 MENELL/BALGANESH/GINSBURG, pp. 17-18.
403 MENELL/BALGANESH/GINSBURG, p. 24.

risation, puisque l'usage transformatif qualifié de *fair use* permettrait à lui seul de justifier tous les usages d'une œuvre protégée. Pour éviter cela, il faudrait que le niveau de transformativité exigée d'une œuvre dérivée, pour tomber sous le coup du § 107 du Titre 17 U.S.C., soit plus élevé (et donc plus difficile à atteindre) que celui qu'il faudrait établir pour les autres cas de *fair use* dont le résultat n'est pas une œuvre dérivée, et donc adopter une analyse en termes de degré plutôt qu'en détermination binaire[404]. Dans la littérature suisse en la matière, BENHAMOU explique que « lorsqu'une œuvre dérivée fait l'objet de nombreux degrés de dérivation, il faut distinguer selon qu'elle reste une œuvre dérivée ou acquiert un nouveau statut d'œuvre primaire, ce qui s'appréciera au cas par cas en fonction du degré de transformation de l'œuvre originaire »[405].

§ 218 Les points qui précèdent ont été confirmés par la Cour Suprême dans sa décision relative à l'affaire *AWF v. Goldsmith*[406]. Son analyse démontre, d'une part, que le test de transformativité doit être appliqué dans les limites légales – également dans le respect des autres dispositions concernées par cette notion – et d'autre part, qu'il suppose, s'agissant des usages transformatifs généraux, un examen plus strict que celui nécessaire pour admettre l'existence d'une œuvre dérivée transformative au sens du § 107 du Titre 17 U.S.C. Cette conclusion est déterminante aux fins de notre recherche, car elle permet de souligner l'existence de deux formes de transformation : celle qui résulte en une œuvre dérivée « simple » au sens du § 106 (2) du Titre 17 U.S.C. (qui correspondrait à ce que l'on qualifie en droit suisse d'adaptation[407]) et celle qui permet la création d'une œuvre dérivée « transformative » au sens du § 107 du Titre 17 U.S.C. (et qui remplit donc les différents critères de cette disposition). La seconde catégorie nous intéressera plus particulièrement au regard de l'évolution possible de l'œuvre dérivée en droit suisse[408].

2. Sous la perspective du paradigme européen

§ 219 Le concept d'œuvre transformative n'est pas bien connu des systèmes européens de droit d'auteur et en particulier des acteurs principalement visés, tels que les juristes et les artistes[409]. Il n'apparaît en tant que tel ni dans les textes de loi, ni dans la jurisprudence des pays concernés ; il est toutefois possible de

404 MENELL/BALGANESH/GINSBURG, pp. 25-26.

405 BENHAMOU, *Intelligence artificielle*, p. 423.

406 AWF v. Goldsmith, 2023, p. 16 ; Résumé de la décision *AWF v. Goldsmith*, 2023.

407 Cf. *supra* § 34.

408 Cf. *infra* § 228 ss.

409 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 13.

l'appréhender de manière indirecte à travers les notions d'adaptation, d'œuvres dérivées ou d'œuvres composites[410], qui sont quant à elles plus familières aux différentes législations européennes en matière de droit d'auteur. Par ailleurs, l'œuvre transformative constitue une forme spéciale d'œuvre dérivée et peut dès lors être qualifiée comme telle.

§ 220 La notion de transformativité de l'œuvre se rapproche également de la figure juridique de la libre utilisation, issue du droit allemand[411], à laquelle il a été fait référence dans la jurisprudence du Tribunal fédéral[412], alors même qu'elle n'est pas codifiée dans la LDA. Pour rappel, la libre utilisation concerne la situation où les « emprunts à l'œuvre préexistante sont si modestes qu'ils s'effacent devant l'individualité de [la] nouvelle œuvre », c'est-à-dire que « les éléments individuels de l'œuvre [originaire] passent à l'arrière-plan de la création [secondaire] »[413]. Contrairement à l'œuvre transformative, perçue donc ici comme une œuvre dérivée, la libre utilisation ne porte dès lors pas atteinte aux droits d'utilisation de l'œuvre préexistante[414].

§ 221 Le lien entre l'œuvre transformative et les notions précédentes se rattachant à des systèmes européens découle à notre sens du fait que dans chacun de ces cas, certains éléments de la création préexistante sont repris pour créer une œuvre nouvelle ; en revanche, la démarche par laquelle l'altération est opérée n'est bien évidemment pas la même, ni les enjeux qui l'entourent.

§ 222 Quoiqu'il en soit, comme exposé plus haut, tout élément ayant trait au *fair use* n'est habituellement pas très bien accueilli par la doctrine européenne. Ainsi, l'œuvre transformative n'a pas convaincu les personnes qui s'y sont intéressées, sous prétexte notamment que la notion manque de précision et que le terme « transformatif » n'est pas compatible avec le concept même de l'œuvre, ce que nous détaillerons ci-après[415]. Toutefois, cette approche est critiquable pour certains auteurs puisqu'en réalité, le processus de transformation ne serait pas une nouveauté, en particulier dans le domaine de l'art, où la reprise et le remploi sont des méthodes qui existent depuis longtemps[416]. La création artistique aurait toujours consisté en une forme de « recyclage »[417]

410 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 59, concernant la législation française ; nous généralisons ce constat à toutes les lois européennes relatives au droit d'auteur.

411 Cf. *supra* § 67.

412 ATF 125 III 328, c. 4c.

413 ATF 125 III 328, c. 4c.

414 ATF 125 III 328, c. 4c.

415 Cf. *infra* §§ 224-225.

416 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, pp. 2-3.

417 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 3.

dans la mesure où un auteur travaille invariablement à partir d'un matériau préexistant, le procédé artistique étant en lui-même « une réappropriation, une reconfiguration constante »[418].

§ 223 Cependant, pour apprécier le caractère transformatif d'une œuvre, il ne suffirait pas de s'intéresser uniquement à ce que l'auteur a souhaité réaliser : l'appréciation du public, du spectateur, représente une plus-value au matériau de départ et serait déterminante à ce titre[419]. Ainsi, contrairement au paradigme américain, dans lequel nous avons relevé que la forme de l'œuvre ne devait pas forcément être affectée par la transformation[420], certains auteurs de la doctrine européenne considèrent à l'inverse que c'est le seul élément susceptible d'être protégé. Selon ce point de vue, il faudrait donc, pour admettre l'existence d'une création transformative, à tout le moins pouvoir observer une modification de l'œuvre originaire et que cette modification soit également perceptible par le public[421].

3. Les œuvres transformatives en tant qu'œuvres « ouvertes »

§ 224 La réticence face à la notion d'œuvre transformative s'explique aussi par le fait qu'elle suppose une conception de l'œuvre dite « ouverte », soit susceptible d'être transformée ultérieurement, par opposition à la représentation de l'œuvre finie, achevée, caractéristique de l'approche humaniste européenne du droit d'auteur. L'émergence de cette nouvelle approche doit être mise en lien avec le développement de l'art contemporain et la « démocratisation des outils permettant de créer de nouvelles formes, de nouveaux contenus, et de les diffuser, en particulier par le biais des technologies numériques »[422].

§ 225 Ainsi, la notion d'œuvre ouverte implique une distanciation entre l'auteur et son œuvre, puisqu'elle constitue dans ce cas un processus inachevé[423] qui, dans une forme de continuité, pourra servir de matériau à une œuvre future, selon le processus de « recyclage » évoqué ci-avant[424]. À l'inverse, le caractère final de l'œuvre la rend unique, difficile à reproduire, et accentue le rapport d'appartenance à l'auteur. La conception d'œuvre ouverte va donc au-delà d'un simple moyen de justifier un monopole marchand ou de s'enrichir aisément sur le travail d'autrui (la nature transformative, si elle peut être admise,

418 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 4.

419 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 4.

420 Cf. *supra* § 214.

421 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 24.

422 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 6.

423 BUYDENS, p. 24.

424 Cf. *supra* § 222.

justifie en effet la rémunération de l'auteur de l'œuvre secondaire) ; c'est l'essence même de l'œuvre qui est perçue d'une autre manière[425].

4. La « transformabilité » des œuvres numériques

§ 226 Le constat selon lequel le système du *fair use* est mieux adapté à l'environnement numérique actuel[426] trouve également application dans le cas particulier des œuvres transformatives. En effet, au vu de la démultiplication des usages transformatifs qu'offrent les réseaux virtuels[427], le système d'autorisation et d'exceptions appliquées de manière restrictive qui prévaut en Europe s'avère particulièrement limitatif à leur égard. En effet, au-delà de la difficulté à obtenir l'approbation de l'auteur de l'œuvre originaire, encore faut-il que la transformation relève du champ d'application de l'un de ses droits exclusifs, ce qui n'est pas clairement établi dans toutes les législations européennes, et encore moins harmonisé au niveau européen. À titre d'exemple, la LDA suisse ne fait aucune mention d'un quelconque processus transformatif concernant les œuvres. Le CPI français quant à lui le mentionne explicitement à son art. L. 122-4, qui dispose que « [t]oute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la *transformation*, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque »[428]. Ainsi, il n'existe pas de prérogative autonome de droit d'adaptation ou de transformation comparable aux droits de reproduction ou de représentation, mais un droit exclusif sous une forme négative (« faite sans le consentement ») permettant de couvrir les diverses modifications apportées à l'œuvre originaire[429].

§ 227 Cependant, contrairement aux lois nationales visant initialement les œuvres du monde analogique et à la Directive 2001/29/CE, les directives relatives à la protection des programmes d'ordinateur[430] et des bases de données[431] font état d'un droit exclusif d'adaptation à proprement parler, qui inclurait la transformation, à leur art. 4 et 5 respectivement[432]. Il découle de ces

425 BUYDENS, p. 24.

426 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 24.

427 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 7.

428 Art. L. 122-4 CPI.

429 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 33.

430 Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique de programmes d'ordinateur.

431 Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

432 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, pp. 33-34.

deux dispositions que d'une part, l'acte d'adaptation est clairement assimilé à un acte de transformation de l'œuvre, et d'autre part, que ceux-ci se distinguent des actes de reproduction, qui sont traités séparément[433].

§ 228 Nous constatons que dès lors que l'on se réfère à des créations appartenant à l'univers numérique, le concept de transformativité trouve à s'appliquer plus aisément en présence d'une œuvre dérivée créée avec l'autorisation de l'auteur de l'œuvre originaire, qui aurait donc dans un tel contexte un droit exclusif « de transformation ». La question serait plus délicate si l'on imaginait une situation similaire au *fair use* américain, dans laquelle on se passerait de l'accord du titulaire du droit exclusif. C'est pourtant ce qu'envisagent BENABOU et LANGROGNET dans leur rapport sur les œuvres transformatives lorsqu'ils expliquent, en parlant du « seuil de déclenchement du droit exclusif », que « quand la transformation est si importante que c'est seulement l'idée de l'œuvre qui est conservée et non sa forme, l'adaptation doit en principe échapper à l'autorisation de l'auteur de l'œuvre ayant servi de support à sa création autonome »[434]. Cette réflexion présente un intérêt particulier au regard de la numérisation des œuvres, thématique que nous approfondirons ci-après[435]. Il est intéressant de se demander ici si la transformation d'une œuvre primaire sous une nouvelle forme « numérisée » constitue une altération suffisante pour qu'elle ne reprenne que l'idée de la première œuvre – ce qui pourrait entrer dans le cas de figure décrit par BENABOU et LANGROGNET – ou si à l'inverse, la version numérisée reprend des éléments de forme, auquel cas l'autorisation de l'auteur demeurerait nécessaire. Le premier scénario se rapprocherait de la vision du *copyright* américain – qui, nous l'avons vu, offre un cadre plus adapté au développement des nouvelles technologies de par la flexibilité qui la caractérise – et serait dès lors plus favorables aux œuvres transformatives numériques créées dans ce contexte. Il apparaît toutefois qu'une transformation numérique ne soit pas suffisante pour échapper au droit exclusif de l'auteur de l'œuvre originaire.

§ 229 À titre de prémices de la seconde partie de notre travail, nous allons nous intéresser à l'affaire *Oracle v. Google*[436], qui illustre de manière pertinente la mise en œuvre du critère de l'usage transformatif dans l'environnement numérique.

§ 230 Cette décision datant de 2021 opposait donc le plaignant, *Oracle America, Inc.* (ci-après : *Oracle*), à *Google*. Le premier détient les *copyrights* de la plate-

433 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 34.

434 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 35.

435 Cf. *infra* § 252 ss.

436 *Google LLC v. Oracle Am.*, Inc. 141 S. Ct. 1163 (2021).

forme *Java*, qui permet aux développeurs de logiciels, au moyen d'une machine virtuelle, d'écrire des programmes pouvant être ensuite exécutés sur différents types de matériel informatique, et ce sans qu'il soit nécessaire de les réécrire pour chaque type[437]. La plateforme *Java* contient un code d'implémentation, qui fournit aux ordinateurs les instructions quant à la manière d'exécuter les diverses tâches, ainsi qu'un code de déclaration, qui a pour but de fournir un nom à chaque tâche que l'ordinateur peut exécuter et de les localiser au sein du système d'organisation de la plateforme[438]. En outre, le langage de programmation de *Java* se compose d'un ensemble de programmes prédéfinis servant à réaliser diverses commandes, appelé interface de programmation d'applications (« *Application Programming Interface* » ; ci-après : API)[439]. Lorsque le défendeur *Google* a créé sa plateforme pour appareils mobiles *Android*, il a également été amené à écrire son propre code d'implémentation. Pour rendre l'écriture de programmes plus accessible sur *Android* auprès des développeurs de logiciels qui étaient jusqu'alors habitués à se servir de la plateforme *Java*, *Google* a en revanche recopié en grande partie le code de déclaration, ainsi que le système d'organisation y relatif élaborés par *Java*[440]. Les lignes de code identiques correspondaient à celles qui spécifiaient les noms, les paramètres et la fonctionnalité de nombreux *packages* API *Java*[441].

Le conflit portait sur la question de savoir si *Google* était libre de copier § 231
une partie des lignes du code de déclaration de *Java*, auquel cas les *copyrights* d'*Oracle* n'auraient pas été violés ; en d'autres termes, il s'agissait de déterminer si de tels droits pouvaient bénéficier d'une protection sous l'angle du *copyright*. Lors de son examen du cas, la Cour Suprême a considéré que c'était le cas et a raisonné à la lumière du *fair use*. Elle a expliqué à cet effet que celui-ci joue un rôle particulièrement important dans les cas impliquant les programmes informatiques, dans la mesure où « *[the] Congress relied on limiting doctrines, such as fair use, to prevent copyright holders from 'using copyright to stifle innovation' when deciding that computer programs were protectable by copyright* ». Ainsi, l'usage du concept de *fair use* dans un tel contexte a pour but de favoriser l'innovation et d'éviter que les titulaires des droits exclusifs n'en fassent usage à outrance[442].

437 REINLE, p. 53.

438 Résumé de la décision *Oracle v. Google*.

439 REINLE, p. 53.

440 Résumé de la décision *Oracle v. Google*.

441 REINLE, p. 54.

442 Résumé de la décision *Oracle v. Google*.

§ 232 Plus concrètement, la Cour Suprême a procédé à l'analyse du *fair use* sous l'angle du second facteur, à savoir la nature de l'œuvre protégée, et s'est en particulier posé la question d'un éventuel usage transformatif. Autrement dit, il s'agissait de déterminer si la « réimplémentation » par *Google*, sous forme de copie des lignes de code, des API *Java* dans le système *Android* constituait un usage transformatif, et donc une forme d'œuvre transformative numérique, ou non[443]. La Cour a tranché en ce sens que c'était le cas, dans la mesure où ledit usage des API *Java* « ajoutait quelque chose de nouveau et important », à savoir le développement d'un programme informatique permettant d'étendre les compétences du système *Java* à une plateforme d'appareils mobiles telle qu'*Android*[444]. Ainsi, le nouveau contexte d'utilisation de l'œuvre protégée constitue un usage transformatif de celle-ci[445].

§ 233 Un autre cas récent a attiré notre attention, dans lequel le défendeur semble avoir tenté une manœuvre faisant écho à la théorie de la transformation numérique exposée ci-avant[446]. Il s'agit de l'affaire opposant la célèbre marque Hermès, la plaignante, à Mason Rotschild, le défendeur[447]. Bien qu'il s'agisse, au regard des prétentions de la plaignante, d'un conflit de droit des marques, le cas comporte une connotation artistique qui soulève des questions de droit d'auteur nous semblant dignes d'être commentées.

§ 234 En 2021, Mason Rotschild a décidé de mettre en vente à l'adresse « metabirkins.com » 100 reproductions digitales de sacs très similaires au fameux modèle Birkin de la maison Hermès. Ces modèles numérisés ont été commercialisés sous forme de *« Non Fungible Token »* (ci-après : NFT). La plaignante s'y est opposée en invoquant diverses prétentions, parmi lesquelles la violation de son droit à la marque verbale, une dilution de la marque en découlant, un acte de *cybersquatting* relatif à l'enregistrement du nom de domaine « metabirkins.com » et un acte de concurrence déloyale en résultant[448]. L'argument principal que Mason Rotschild a avancé face à ces allégations est la valeur artistique de son projet, qui, si elle est admise selon les conditions posées

443 Nous précisons que l'utilisation d'informations recueillies par le décryptage dans le but d'assurer l'interopérabilité d'un autre programme d'ordinateur est autorisée par la Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique de programmes d'ordinateur, et fait l'objet d'une exception légale en droit d'auteur suisse (art. 21 al. 2 LDA). Le *copyright*, quant à lui, ne prévoit pas d'exception semblable, d'où la nécessité de raisonner sous l'angle du *fair use*.

444 Résumé de la décision *Oracle v. Google*.

445 REINLE, p. 60.

446 Cf. *supra* § 228.

447 *Hermès International and Hermès of Paris, Inc. v. Mason Rotschild*, 678 F. 3d 475 (2023).

448 *Hermès v. Rotschild, Complaint*, § 7 ss ; JOHNSON, *Case Review: Hermès International v. Rothschild*.

par la jurisprudence américaine y relative, permet de se prévaloir d'une protection particulière[449]. En particulier, il a fait valoir la doctrine du *fair use* sous l'angle du Premier Amendement de la Constitution américaine (qui garantit notamment la liberté d'expression), en précisant qu'il devait être autorisé à « créer de l'art sur la base de son interprétation du monde qui l'entoure »[450]. Nonobstant cette défense, la Cour de District américaine a tranché en faveur d'Hermès, expliquant en substance que la création de sacs Birkin virtuels sous forme de NFTs ne pouvait pas échapper aux obligations et responsabilités découlant du droit des marques sous prétexte qu'il s'agit d'une forme d'expression artistique propre à la personne qui les a développés[451].

§ 235 C'est ce dernier aspect qui nous inspire la réflexion suivante : du point de vue du droit d'auteur, les reproductions digitales du sac Birkin pourraient en constituer des formes d'œuvres dérivées numériques, soit existant en la forme de NFTs[452]. S'il s'agissait d'un conflit ayant trait aux *copyrights* qu'Hermès détient sur le sac Birkin en tant que création artistique – pour autant que l'on puisse lui reconnaître une certaine originalité, ce qui demeure discutable – et en partant du principe que la fameuse marque n'aurait pas donné son accord pour une quelconque forme de reproduction, Mason Rotschild aurait sûrement également fait valoir le critère du *fair use* pour protéger son projet artistique. Dans un tel contexte, il est en particulier intéressant de se demander si un processus transformatif peut être envisagé ; en effet, en numérisant le sac Birkin d'origine, le défendeur lui donne un but et un caractère différents – le sac ne pouvant être utilisé de la même manière que l'original – ainsi qu'une nouvelle expression[453] – en particulier esthétique, les reproductions digitales étant recouvertes de fourrure, ce qui n'est pas le cas du sac Birkin original[454].

§ 236 Selon la théorie de BENABOU et LANGROGNET exposée plus haut[455], pour que la transformation d'une création artistique originale en une œuvre digitale représente une altération suffisamment importante permettant de contourner l'autorisation de l'auteur, il faudrait que l'idée de l'œuvre primaire soit conservée, sans que cette exigence s'applique à sa forme. Il s'agit donc de déterminer si dans le cadre de l'affaire *Hermès v. Rotschild*, l'idée de l'œuvre, en tant que composante d'une création originale de l'esprit, demeure ou non la

449 GILLIÉRON, *Hermès v. Rotschild*, p. 3.

450 ROSSOW, *The Hermès lawsuit may dictate the future of NFTs*.

451 MEZEI/ARORA, p. 14.

452 Cf. *infra* § 375 ss.

453 REINLE, p. 58.

454 GILLIÉRON, *Hermès v. Rotschild*, p. 3.

455 Cf. *supra* § 228.

même à travers la numérisation. Toutefois, nous devons apporter ici quelques nuances. Premièrement, la forme au sens physique de la reproduction digitale du modèle de sac Birkin est relativement similaire à l'original, ce qui limite l'application de la théorie avancée puisqu'elle concerne avant tout les œuvres dont la forme diffère entre l'ancienne et la nouvelle version de l'œuvre. Or, en l'espèce, la finalité demeure la même, et l'objet en cause est perçu par le public comme un sac, dans un cas comme dans l'autre. La conclusion serait toute autre si l'on pouvait envisager l'aspect numérique comme une forme distincte. Deuxièmement, d'après les enseignements tirés de l'affaire *AWF v. Goldsmith*, le degré de transformativité joue un rôle déterminant et le seuil nécessaire peut, selon les cas, être difficile à atteindre[456].

§ 237 L'intérêt de la réflexion qui précède n'est pas d'apporter des réponses concrètes, mais bien de démontrer que certains nouveaux cas de figure liés à la création d'œuvres dérivées dans l'environnement numérique, pour la plupart sans précédents, amènent les praticiens du droit à envisager des solutions relativement éloignées de notre système, telles que le concept d'usage transformatif. Bien que ces considérations ne soient encore qu'au stade du balbutiement et qu'une transposition directe ne soit pas réellement possible à l'heure actuelle, il nous semble important de souligner ici leur potentiel apport dans le cadre de l'adaptation du droit d'auteur à l'ère du numérique.

IV. Bilan

§ 238 Tout au long du chapitre qui précède, nous avons cherché à mettre en lumière une profonde contradiction s'agissant des avancements de l'environnement numérique et des interrogations qui en découlent.

§ 239 D'une part, nous avons relevé la potentielle influence réciproque entre les paradigmes européen et américain ; il semblerait que leurs limites respectives puissent être surmontées en s'intéressant aux visions existant de part et d'autre de l'Atlantique. Ainsi, le *copyright* a appliqué en pratique une forme de droit naturel au cours de son histoire[457], et la doctrine européenne en matière de droit d'auteur se penche aujourd'hui sur les avantages du système américain[458]. En particulier, une partie de celle-ci souligne la flexibilité qui le caractérise et qui apparaît davantage compatible avec la dynamique rapide des avancées technologiques. Il y aurait donc, à notre sens, un intérêt à poursuivre sur cette voie.

456 Cf. *supra* §§ 217-218.

457 Cf. *supra* § 183 ss.

458 Cf. *supra* §§ 186-187.

D'autre part, et malgré tous les éléments qui précèdent, certains auteurs mettent l'accent sur la réticence générale exprimée par une autre partie de la doctrine face à l'approche américaine, en particulier au *fair use*[459]. Cette méfiance se fonde principalement sur le pendant de son caractère flexible, à savoir une certaine imprévisibilité quant aux résultats découlant de l'application du *fair use* dans les divers cas d'espèce, qui comporte le risque de fragiliser la sécurité juridique. § 240

À l'heure où la recherche de réponses adaptées aux diverses questions liées à l'ère numérique bat son plein, la prudence dont fait preuve la doctrine européenne nous apparaît douteuse. Nous avons abordé à cet égard l'exemple de l'usage transformatif pour mettre en évidence les liens pouvant être établis entre ce concept-ci et des notions déjà existantes issues de certaines législations européennes telles que les œuvres dérivées, les adaptations ou la libre utilisation[460]. Ces similitudes tendent vers le constat selon lequel la notion d'œuvre transformative ne serait pas aussi étrangère au paradigme européen que ce qui est prétendu dans la littérature juridique en la matière. Au contraire, il serait judicieux d'envisager de se fonder sur ces parallèles dans le but de s'en inspirer ; il ressort en effet de nos divers commentaires que l'usage transformatif, de par sa souplesse inhérente, est plus en adéquation avec les problèmes posés dans certains cas de figure liés au numérique, comme exposé à travers les jurisprudences américaines *Oracle v. Google* et *Hermès v. Rotschild* (par extension dans ce dernier exemple). § 241

Dans un article récent, EGLOFF a cependant aussi mis en évidence la pertinence de l'usage transformatif dans un contexte analogique, en l'espèce dans un cas de droit de citation. Dans le cadre de sa réflexion, il mentionne le fait que le Tribunal fédéral a lui-même procédé, dans l'un de ses arrêts, à des considérations très similaires à de l'usage transformatif, mais en rattachant finalement cette appréciation pertinente à de la libre utilisation[461]. EGLOFF explique à ce titre que « la notion américaine d'usage transformatif » décrit sans aucun doute beaucoup mieux les faits en question que la notion, reprise du droit allemand, de libre utilisation. Elle se concentre sur l'intention artistique et la force créatrice reconnaissables dans la nouvelle œuvre, et non sur la reprise d'éléments préexistants, ni sur une comparaison qualitative de la nouvelle œuvre avec l'œuvre préexistante. [La notion d'usage transformatif] serait donc également adéquate (…) »[462]. Il précise toutefois qu'il ne s'agit pas § 242

459 Cf. *supra* § 199 ss.

460 Cf. *supra* § 212 ss.

461 ATF 85 II 120, c. 8.

462 EGLOFF, *Von der « freien Benutzung » zum « künstlerischen Zitat »*, p. 408.

pour autant d'adopter l'usage transformatif tel qu'il est conçu dans la doctrine américaine[463] – ce que nous interprétons comme une référence à la vision utilitariste et au but de promotion du progrès de la science et de l'art propres au *copyright* – mais bien de l'adapter à la vision européenne.

§ 243 La contradiction que nous avons développée ci-dessus est, à notre sens, le point de départ de la deuxième partie de ce travail, puisqu'elle ouvre la voie à une potentielle nouvelle conception du droit d'auteur en matière d'œuvres dérivées, inspirée du système américain, qui pourrait se révéler particulièrement pertinente face aux enjeux de l'univers numérique. Dans les chapitres qui vont suivre, nous allons tenter de développer et de concrétiser les conclusions tirées de notre analyse comparative dans le contexte de certaines questions choisies relatives aux nouvelles technologies.

463 EGLOFF, *Von der «freien Benutzung» zum «künstlerischen Zitat»*, p. 408.

Deuxième partie :
L’œuvre dérivée à l’ère numérique

Chapitre 1 :
État de la situation

I. Le droit d'auteur à l'ère numérique

Le temps des nouvelles technologies a, en dépit de son importance indéniable, ébranlé de nombreux domaines du droit. Les diverses normes concernées, figées depuis longtemps dans leur état actuel, n'apportent pas toujours des réponses satisfaisantes aux incertitudes qui découlent de ces développements récents. § 244

Le droit d'auteur n'est pas une exception à ce phénomène ; il est même tout particulièrement visé, puisque la plupart des nouvelles créations virtuelles constituent *a priori* des œuvres littéraires ou artistiques au sens de la LDA, ainsi que nous l'exposerons plus loin[464]. Nous relevons à cet égard que l'évolution historique du droit d'auteur est caractérisée par le développement technique des processus de création des œuvres à protéger ainsi que par leur mode d'exploitation. Dès lors, l'ère numérique représente une nouvelle étape déterminante de cette évolution, notamment en raison des questionnements qu'elle soulève quant à la protection des œuvres[465] existantes, ainsi que des nouvelles formes de créations de l'esprit relativement à leur nature virtuelle. § 245

Nous l'avons vu, le monde numérique se caractérise par une multiplicité des informations qui circulent très rapidement, et ce sans barrières géographiques[466]. De ce fait, les actes d'exploitation des œuvres en ligne sont nombreux et tombent sous le coup du droit d'auteur[467]. Ce phénomène se traduit également par ce que l'on appelle « la disparité de la rareté » : par le couplage de la méthode de la numérisation et des typicités de l'Internet, chaque œuvre devient aisément duplicable[468]. S'agissant du caractère ubiquitaire du monde numérique, HUGENHOLTZ explique que les *« 'fencing techniques'*[469] *on which copyright relies for works in traditional form are not readily transposable to the Internet, where everything is in digital form, easily copied and transmitted and* § 246

464 Cf. *infra* § 252 ss.

465 DUSOLLIER, p. 97.

466 Cf. *supra* § 192 ss.

467 WEKSTEIN, p. 107.

468 BENABOU/ROCHFELD, p. 31.

469 Soit les limites physiques qui séparent les territoires et les législations nationales respectives.

not easily tied to particular places »[470]. Ces caractéristiques des œuvres en ligne ont plusieurs conséquences.

§ 247 Premièrement, cette dynamique évoquerait plutôt une dimension économique – en défaveur de la dimension culturelle[471] – dans laquelle les œuvres s'apparenteraient davantage à des marchandises et prestations de services ; à l'inverse, un raisonnement en termes de créations et de circulation d'œuvres de l'esprit aurait tendance à s'effacer[472]. Nous comprenons ce raisonnement comme une mise à l'écart de l'auteur du circuit de diffusion de son œuvre, dès lors que celle-ci est « consommée » d'une autre manière, indépendamment de sa volonté ; il ne s'agit plus d'un environnement où les œuvres sont exposées au public intéressé uniquement pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire des créations de l'esprit, mais davantage comme des produits ou contenus qui font l'objet de partages. Il en découle que la valeur des œuvres passe non seulement entre les mains des créateurs (auteurs) et autres acteurs « traditionnels » participant à la diffusion et à la communication des œuvres (tels que les producteurs ou les éditeurs) – dont les rôles doivent être adaptés à l'environnement numérique[473], mais également entre celles d'intermédiaires d'un nouveau genre. Il s'agit notamment des fournisseurs de contenus (c'est-dire les producteurs de données *« uploadées »*[474] sur Internet) et de services (accès, hébergement), des moteurs de recherche ou encore des utilisateurs en ligne[475], qui sont en principe exclus du circuit de redistribution relevant du système du droit d'auteur[476]. Il arrive toutefois que certains d'entre eux génèrent malgré tout des profits en leur faveur, au détriment des auteurs des œuvres qui en sont à l'origine[477]. Il existe donc aujourd'hui une forme de liberté accrue pour les acteurs de l'Internet, dont on ne saurait ignorer l'existence, qui se traduit à travers de nouvelles opportunités d'accéder à l'information et de participer à sa production[478]. Ce constat soulève de nombreuses questions décisives relatives à la rémunération des auteurs lorsque leurs créations sont utilisées sur Internet[479] ; nous ne nous attarderons cependant pas sur celles-ci dans ce

470 HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright*, p. 25.
471 LUCAS, p. 16.
472 LUCAS, p. 25.
473 HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright*, p. 25.
474 Notre traduction : mise en ligne.
475 LEGLER, p. 4 ss.
476 BENABOU/ROCHFELD, p. 22.
477 BENABOU/ROCHFELD, p. 21.
478 LAMBRECHT, p. 72.
479 BENHAMOU/VOISIN/BAUER/FELISBERTO/GAUFFROY-NAUDIN/RIOM, p. 28 ss et 36 ss.

travail et mettrons davantage l'accent sur le rôle des différents acteurs de l'environnement numérique mentionnés ci-avant.

Finalement, face à la dimension économique prédominante dans le contexte de l'exploitation des œuvres en ligne et du risque d'atteinte à leur intégrité, inhérent à la numérisation, l'approche personnaliste traditionnelle du droit d'auteur se trouve mise à mal. En effet, l'environnement numérique semble favoriser une méconnaissance du droit moral[480], *a priori* au profit des droits patrimoniaux. § 248

De manière générale, certains auteurs déplorent une inadaptabilité du droit d'auteur, tel qu'il est conçu pour l'analogique, face à l'ère numérique, notamment en raison du caractère absolu des droits exclusifs conférés par la loi[481]. Nous avons déjà abordé le sujet de l'incompatibilité entre le droit d'auteur et les réseaux virtuels, et de l'exigence d'une flexibilité accrue comme potentielle solution[482]. En l'occurrence, nous nous posons ici davantage la question de l'application concrète des nouvelles conditions d'utilisation des œuvres intellectuelles en ligne vis-à-vis du droit d'auteur[483]. En effet, à l'heure où la plupart des manipulations réalisées sur Internet impliquent systématiquement des actes de copie (comme la copie d'une page Internet en mémoire « cache ») ou de reproduction[484], ainsi que de communication (notamment l'utilisation d'hyperliens[485]), une application stricte du droit d'auteur dans son état actuel semble poser des difficultés et résulte en une perte de contrôle au détriment des auteurs des œuvres en ligne[486]. En outre, l'omniprésence de ces diverses opérations dans l'environnement numérique fragilise la conception selon laquelle celles-ci devraient en principe être interdites, à moins qu'une restriction ne soit applicable aux droits exclusifs protégés, ce qui doit demeurer l'exception[487]. § 249

Cette critique ne fait toutefois pas l'unanimité ; des auteurs tels que LUCAS revendique au contraire la capacité d'adaptation du système de droit d'auteur classique (soit « fermé »), qui serait selon lui suffisamment équipé en l'état pour relever le défi des développements technologiques récents. Il précise en outre que les auteurs et artistes-interprètes à l'origine des œuvres protégées § 250

480 WEKSTEIN, p. 43.
481 JACCARD/CELLINA, p. 229.
482 Cf. *supra* § 195 ss.
483 LAMBRECHT, p. 60.
484 LAMBRECHT, p. 62.
485 Cf. *infra* § 262 ss.
486 JACCARD/CELLINA, p. 233.
487 LAMBRECHT, p. 77.

ne doivent pas être perçus comme des « parasites » qui freineraient le développement de la société de l'information en cherchant à faire valoir leurs droits, et qu'il n'y aurait dès lors aucune raison de « sacrifier leurs intérêts à ceux des investisseurs et des 'consommateurs' »[488].

§ 251 Quoiqu'il en soit, nous tirons une conclusion principale du contexte des nouvelles technologies que nous venons de dépeindre : les potentielles nouvelles œuvres de nature virtuelle peuvent, à notre sens, revêtir la qualité soit d'œuvres originales uniques, soit d'œuvres dérivées, dans la mesure où elles seraient dotées d'un caractère individuel et qu'elles seraient conçues à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes également virtuelles, ou analogiques. C'est sur ce dernier cas de figure que nous allons à présent nous attarder (les œuvres *numérisées* ou *digitalisées*), avant de nous intéresser ultérieurement aux créations purement digitales (les œuvres *numériques* ou *digitales*).

II. La nature des œuvres numérisées

A. En général

§ 252 La numérisation des œuvres peut se définir comme un processus consistant à « enregistrer sous forme digitale ou numérique une œuvre et une interprétation existant sous forme analogique (...) »[489]. Selon cette compréhension, une fois numérisées, l'œuvre et l'interprétation se présentent comme une suite binaire, dans la mesure où le procédé tel que décrit précédemment va permettre de leur apporter une nouvelle expression[490]. Ce dernier élément n'est pas sans rappeler la notion de « transformativité » qui, comme nous l'avons vu, implique également que les œuvres transformatives modifient l'œuvre originale par l'apport d'une expression, d'un sens ou d'un message nouveau[491]. Par ailleurs, nous avons également relevé le fait que le processus transformatif pouvait jouer un rôle particulier dans le contexte des œuvres virtuelles, dans la mesure où l'on considère que l'acte de numérisation constitue lui-même une forme de transformation[492] nécessitant en principe l'autorisation de l'auteur ou des ayants droit[493]. HUGENHOLTZ parle d'ailleurs, en se référant à la numérisation, d'une « transformation de différents types d'informations en un seul et unique format digital »[494].

488 LUCAS, p. 12.
489 WEKSTEIN, p. 33.
490 WEKSTEIN, p. 33.
491 Cf. *supra* § 212.
492 MARINO, p. 63 ; cf. *supra* § 228.
493 MARINO, p. 63.
494 HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright*, p. 18.

Il est intéressant de se demander quelle est la nature réelle des œuvres numérisées. Nous savons désormais qu'elles constituent une dématérialisation des œuvres analogiques[495], mais la question qui se pose est celle de savoir s'il s'agit toujours de la même catégorie « artistique » d'œuvres (parmi celles existantes dans le monde analogique), ou si elles se présentent comme une nouvelle catégorie à part entière précisément de par leur nature digitale. D'après HUGENHOLTZ, dans ce dernier cas, les distinctions entre les diverses catégories d'œuvres perdraient de leur sens dès lors que l'on se trouve dans l'environnement numérique[496], ce qui comporterait le risque de mettre à mal leur protection respective et de ne pas traiter de manière égale chaque catégorie concernée. À titre d'exemple, dans la plupart des législations européennes, un programme d'ordinateur est mieux protégé qu'un roman, notamment au vu de l'incompatibilité de certaines restrictions aux droits exclusifs avec le premier type d'œuvre[497]. Cependant, comme l'explique LUCAS, « ce qui intéresse l'auteur, en amont, et le 'consommateur', en aval, c'est l'œuvre dans sa réalité analogique. (…) Ce qui intéresse [le public], c'est l'œuvre telle qu'il va la 'consommer' (…). Une œuvre musicale numérisée reste une œuvre musicale (…). Elle ne change pas de nature (…). Il n'y a donc pas de place pour une nouvelle catégorie d'œuvres numériques. Il y a seulement un format numérique unique pour des œuvres de genres différents »[498]. Nous partageons l'avis de cet auteur. § 253

B. Les œuvres dérivées numérisées

Comme nous l'avons déjà souligné, la numérisation comporte le risque d'affecter les droits exclusifs de l'auteur, en particulier son droit à l'intégrité de l'œuvre[499]. Ce constat signifie en outre que, la numérisation d'une œuvre analogique préexistante étant une forme de reproduction, elle requiert l'autorisation de l'auteur[500], comme pour toute autre forme d'œuvre dérivée. § 254

Bien que cette exigence, ancrée dans la loi, soit connue de tous les acteurs concernés par le droit d'auteur, elle est parfois perçue, notamment par les artistes, « comme un frein à l'innovation culturelle, plus particulièrement à l'heure où de nouvelles techniques se développent, faisant souvent appel à des œuvres préexistantes » (c'est le cas par exemple des « *remix* » ou du « *sampling* » § 255

495 Cf. *supra* § 194.

496 LUCAS, pp. 50–51 et note 5.

497 HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright*, p. 84.

498 LUCAS, p. 51.

499 ENSER, p. 127 ; cf. *supra* § 194.

500 LUCAS, p. 63 ; WEKSTEIN, p. 34.

dans le domaine musical)[501]. À cet égard, nous avons évoqué plus haut une approche selon laquelle la numérisation d'une œuvre, dans la mesure où l'on admet qu'il s'agit d'un processus transformatif à la suite duquel seule l'idée de l'œuvre originaire subsiste, impliquerait une modification de l'œuvre telle que l'autorisation ne serait plus nécessaire, à tout le moins plus de manière systématique. Nous avons toutefois aussi souligné que cette théorie était largement discutable[502].

§ 256 Il n'en demeure pas moins que, dans le cadre du droit d'auteur à l'ère numérique, et au vu de la nature des œuvres numérisées qui selon nous conservent la catégorie artistique qui leur est propre et qui devraient dès lors pouvoir être protégées à ce titre, il ne serait pas absurde d'envisager, dans certains cas, un assouplissement des règles applicables aux œuvres dérivées numérisées.

C. Les œuvres dérivées nées dans l'environnement numérique

§ 257 L'hypothèse imaginée ici est celle où des œuvres originales préexistantes sur Internet servent de base à la création d'œuvres dérivées non pas numérisées, mais *numériques*. C'est le cas par exemple des UGCs mentionnés plus haut[503], ou encore des créations générées par les systèmes d'intelligence artificielle. De par leur nature *a priori* dérivée (telle qu'entendue par l'art. 3 al. 1 LDA), l'existence de ces œuvres en ligne soulève inévitablement la question de la violation des droits exclusifs sur les œuvres préexistantes ; il s'agit donc pour nous de déterminer si, et cas échéant dans quelle mesure les caractéristiques du monde numérique vont influer sur le système de protection prévue par le droit d'auteur (en particulier au regard de la nécessité d'obtenir une autorisation préalable et de l'application des exceptions).

§ 258 Afin d'illustrer et concrétiser nos propos, les pages qui suivent vont aborder certaines questions choisies qui, à notre sens, soit constituent en elles-mêmes des potentielles formes d'œuvres dérivées numériques ou numérisées, soit jouent un rôle pertinent à leur égard. L'exposé de ces diverses thématiques se fera dans l'ordre chronologique de l'évolution de l'Internet, afin de mettre en lumière ses origines et son caractère évolutif.

501 SALVADÉ, *Droit d'auteur et technologie de l'information*, p. 7.

502 Cf. *supra* § 228.

503 Cf. *supra* § 204.

Chapitre 2 :
De la naissance du Web à sa version 3.0

I. L'évolution des outils virtuels au regard du droit d'auteur

A. Web 1.0

1. Généralités

§ 259 En mai 1994 s'est tenue à Genève la première conférence consacrée au « *World Wide Web* » (ci-après : le Web). Le public concerné connaissait alors vaguement cette notion, mais ses véritables enjeux n'étaient que très partiellement appréhendés[504]. Le Web se définissait alors comme « un système fondé sur l'utilisation de l'hypertexte, qui permet la recherche d'information [sur] Internet, l'accès à cette information et sa visualisation »[505]. La combinaison de l'apparition de *Google* au cours des années suivantes avec les progrès des technologies de communication a été le moteur qui a permis le développement à la fois du Web et d'Internet[506].

§ 260 Ainsi, le Web 1.0 se caractérise par une volonté de publier et de rendre des documents accessibles en ligne, plus précisément au moyen d'un moteur de recherche ou d'un système de transfert[507] entre un client qui émet une demande et le serveur qui la reçoit et lui envoie les fichiers[508]. Des outils tels que le « *Hypertext Transfer Protocol* » (HTTP), qui est le protocole de communication spécifique permettant aux clients et aux serveurs Web de dialoguer, ou le « *Hypertext Make-Up Language* » (HTML), soit le format standard d'écriture des pages Web[509], ont notamment permis d'atteindre ces objectifs[510].

§ 261 Le Web 1.0 constitue donc une plateforme à travers laquelle les données et informations sont publiées au moyen de textes et d'images sous une forme statique, en ce sens qu'il n'y a pas d'interaction entre lesdites informations et le consommateur – ou les premiers créateurs de contenus. On parle souvent

504 HALL/TIROPANIS, p. 3859.
505 NEWTON, p. 695.
506 HALL/TIROPANIS, p. 3859.
507 HALL/TIROPANIS, p. 3859.
508 REUSSER, p. 14.
509 REUSSER, pp. 14-15.
510 HALL/TIROPANIS, p. 3859.

de *« read-only »* Web[511], soit un système ne permettant qu'une lecture simple des éléments transmis, sans qu'aucune autre opération ne puisse être effectuée. En d'autres termes, les utilisateurs d'Internet ne jouaient pas de rôle déterminant à cette époque.

2. Les hyperliens

a. Définition

§ 262 Les liens hypertextes sont des outils étroitement liés au Web[512], en particulier dans sa première version. Il s'agit plus précisément de liens permettant au moteur de recherche d'un site Internet de passer d'une page à l'autre, ce qui facilite l'accès aux informations qui y figurent[513]. L'hypertexte est donc la technique, le système permettant ce passage[514]. Le terme « hyperlien » se réfère quant à lui à la connexion existante entre les ressources accessibles sur le réseau, reliant habituellement un point d'origine et un point d'arrivée[515] ; en d'autres termes, les hyperliens constituent les « fils avec lesquels le Web est tissé »[516]. Lorsque l'on explore une page Internet, on voit souvent les hyperliens apparaître sous forme de mot clé bleu et souligné qui, lorsque l'on clique dessus, nous amène vers un autre site via son *« Uniform Resource Locator »* (ci-après : URL)[517]. Il convient en outre de distinguer d'une part le lien simple, qui est une connexion permettant d'accéder, depuis un site Internet, à la page d'accueil d'un autre site, et d'autre part le lien profond (*« deep link »*), qui donne accès à une page interne à ce second site[518].

b. Violation possible des droits d'auteur ?

§ 263 Les œuvres publiées sur Internet, en tant qu'elles remplissent les conditions de l'art. 2 al. 1 LDA, bénéficient de la même protection que les œuvres « traditionnelles » du monde analogique[519]. Il importe peu qu'elles constituent ou non des reproductions d'œuvres mises en ligne sur d'autres supports. En particulier, les pages Web contiennent diverses ressources qui peuvent être protégées dans la même mesure ; il peut s'agir par exemple de textes, de photo-

511 RUDMAN/BRUWER, p. 135.

512 LE DEUFF, chap. 2 p. 3.

513 STOKES, *Digital Copyright*, p. 14.

514 REUSSER, p. 16.

515 REUSSER, p. 17.

516 GINSBURG/STROWEL, p. 217.

517 STOKES, *Digital Copyright*, p. 14 et 144.

518 GILLIÉRON, *Les liens hypertextes*, p. 756 ; SALVADÉ, *Streaming et linking*, p. 75 ; STOKES, *Digital Copyright*, p. 145.

519 REUSSER, p. 40.

graphies ou de musiques[520]. Par ailleurs, une page Web peut elle-même être protégée sur la base de son code, qui détermine son organisation d'ensemble, toujours dans le respect des critères de l'art. 2 al. 1 LDA[521]. Dès lors, les auteurs des œuvres ainsi protégées pourraient faire valoir leurs droits moraux et patrimoniaux sur cette base.

§ 264 Notre réflexion va se limiter au contenu des pages Internet et au système des liens simples. Dans la mesure où un lien hypertexte renvoie à une autre page, et donne donc potentiellement accès à une œuvre protégée qui y figure, nous devons nous poser la question d'une éventuelle violation du droit d'auteur.

§ 265 À cet égard, plusieurs situations peuvent être envisagées. Du point de vue des droits patrimoniaux, on pourrait songer à une violation du droit de communication au public, dans la mesure où le fait de fournir un hyperlien qui dirige vers une œuvre (licitement mise en ligne) serait considéré comme constituant une communication au public. La CJUE a été amenée à se prononcer sur le sujet[522] et a développé le critère du « public nouveau » : si l'œuvre figurant sur la page de destination y est librement disponible avec l'autorisation des titulaires des droits, il n'y a pas de public nouveau et l'hyperlien en cause ne saurait dès lors constituer un acte de communication au public[523]. Dans l'hypothèse où le lien en cause donne accès à une œuvre illicitement mise en ligne, la CJUE a précisé que le critère de la communication au public n'est retenu que si l'auteur de l'hyperlien savait ou devait savoir que la cible était illicite[524]. Ce cas de figure doit toutefois être nuancé, car comme le relèvent à juste titre certains auteurs, l'hyperlien ne fait que faciliter l'accès à une œuvre qui a déjà été mise à disposition des utilisateurs[525]. Il correspond davantage à une « référence de bas de page, voire une indication de l'itinérance pour accéder à l'œuvre, qu'à un acte de communication ou de mise à disposition d'une œuvre à un public »[526]. Dès lors, une violation du droit de communication au public pourrait difficilement être admise[527].

520 REUSSER, pp. 42-45.

521 REUSSER, p. 47 ; SALVADÉ, *Droit d'auteur et technologie de l'information*, p. 56.

522 CJUE, *Svensson*, C-466/12 (13 février 2014).

523 LAMBRECHT, p. 66 ; nous précisons que cette question est désormais réglée à l'art. 17 de la Directive 2019/790.

524 CJUE, *GS Media*, C-160/15 (8 septembre 2016), §§ 49-51.

525 REUSSER, p. 133 et pp. 167-168.

526 LAMBRECHT, p. 67.

527 Pour un exposé plus détaillé de la jurisprudence européenne en la matière, voir CHERPILLOD, *Propriété intellectuelle*, N 1152.

§ 266 L'on pourrait également penser à une violation du droit de reproduction, qui doit en principe être admise lorsque l'œuvre est reproduite sur un site sans l'autorisation de l'auteur[528]. Cette règle doit néanmoins être tempérée lorsqu'il s'agit d'une copie temporaire, qui se fait dans la mémoire RAM (« *Random Access Memory* », soit la mémoire vive) de l'ordinateur de l'internaute au moment où il consulte le site[529]. En effet, il s'agit alors d'une reproduction techniquement nécessaire pour garantir le bon fonctionnement du réseau (au sens de l'art. 24*a* let. a LDA), qui ne saurait être réprimée de manière systématique ; il y a lieu de la distinguer de celle qui permet une exploitation portant préjudice à l'auteur[530]. De plus, ce n'est pas la personne qui a inséré le lien hypertexte qui est concernée par le droit de reproduction, mais bien l'utilisateur qui clique sur le lien[531].

§ 267 Sous l'angle des droits moraux, il est intéressant de se demander si l'utilisation d'un lien simple peut porter atteinte à une œuvre dans son intégrité. Puisque, comme nous venons de le relever, il se borne à faciliter l'accès à une page contenant une œuvre, le lien ne peut jamais modifier la page à laquelle il renvoie au sens de l'art. 11 al. 1 let. a LDA, ni l'utiliser pour créer une œuvre dérivée ou pour l'incorporation dans un recueil aux termes de l'art. 11 al. 1 let. b LDA[532]. La marge de manœuvre restante porte sur une éventuelle atteinte indirecte au contenu référencé, à savoir « en modifiant 'l'impression d'ensemble' que l'auteur 'a cherché à exprimer dans son œuvre', ou en la présentant 'dans un contexte qui la déprécie ou la dénigre' »[533]. Ce préjudice peut être dû à la différence de nature entre le site lieur et le site référencé ; il peut aussi découler du pointeur du lien et/ou de l'environnement dans lequel il se situe[534]. S'agissant de ce dernier aspect, REUSSER soulève également, dans sa thèse consacrée aux hyperliens, la question de la reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un lien simple, qui peut donc reproduire une œuvre protégée, la plupart du temps en taille réduite (soit les « imagettes » ou « *thumbnails* »). Bien qu'elle nous semble tout à fait digne d'intérêt, nous nous contentons ici de la mentionner, car dans ce cas-ci c'est le fait que l'œuvre protégée soit reprise qui est à l'origine de la violation du droit d'auteur, et non pas le fait qu'elle soit associée à un hyperlien[535].

528 GILLIÉRON, *Propriété intellectuelle et Internet*, p. 272.
529 SALVADÉ, *Droit d'auteur et technologie de l'information*, p. 58.
530 GILLIÉRON, *Propriété intellectuelle et Internet*, p. 272.
531 GILLIÉRON, *Propriété intellectuelle et Internet*, p. 339.
532 REUSSER, p. 136.
533 REUSSER, pp. 136-137.
534 REUSSER, p. 137.
535 REUSSER, p. 145.

Malgré les constats qui précèdent, qui ne constituent que des hypothèses peu réalistes, force est de constater que l'usage d'un hyperlien sera difficilement reconnu comme étant à l'origine de la violation des droits moraux de l'auteur de l'œuvre protégée, et ne peut en particulier pas servir à la création d'une œuvre dérivée. En réalité, la nature même de l'environnement numérique suppose une évaluation différente des potentielles atteintes. § 268

c. Justification des atteintes aux droits d'auteur

Même s'il pouvait être admis que l'insertion d'un lien hypertexte ait *a priori* causé préjudice à une œuvre protégée, il faut dans tous les cas tenir compte de certains paramètres propres à l'Internet. En effet, les liens simples constituent la structure même du Web ; ils sont naturels et indispensables à son fonctionnement. Partant, chaque titulaire de site doit s'attendre à ce que ce dernier en fasse l'objet, sans devoir accorder son autorisation à chaque fois[536]. Il s'agit de la théorie de la « licence implicite »[537]. À l'époque où cette problématique a été soulevée, GILLIÉRON a notamment expliqué que la constitution d'un lien hypertexte simple pouvait être qualifiée de *fair use*, empêchant toute opposition par le titulaire du site[538]. Nous notons ici que face à une problématique relative au numérique, cet auteur s'est penché vers l'outil plus souple et inconnu en droit suisse qu'est le *fair use* pour apporter une réponse plus satisfaisante ; cela rejoint le constat d'inadaptabilité potentielle du droit d'auteur traditionnel et de la nécessité de s'intéresser à des systèmes étrangers. La discussion a toutefois été résolue avec l'entrée en vigueur des art. 5 al. 1 de la Directive 2001/29/CE et 24*a* LDA traitant des reproductions provisoires. § 269

B. Web 2.0

1. Généralités

Au début des années 2000, on a constaté un nombre croissant et une contribution plus active des utilisateurs d'Internet. C'est ce qui distinguait principalement le Web 2.0 du Web 1.0 : les internautes constituaient eux-mêmes le moteur du développement des services en ligne, qui exploitaient désormais le public comme fournisseur d'informations et offraient une plus-value fondée sur des applications d'intelligence collective (comme *Wikipedia* ou *You-* § 270

536 SALVADÉ, *Droit d'auteur et technologie de l'information*, p. 56.

537 GILLIÉRON, *Les liens hypertextes*, p. 763 ; GILLIÉRON, *Propriété intellectuelle et Internet*, p. 338 ; SALVADÉ, *Droit d'auteur et technologie de l'information*, p. 56.

538 GILLIÉRON, *Les liens hypertextes*, p. 763 ; GILLIÉRON, *Propriété intellectuelle et Internet*, p. 338.

tube)[539] et collaborative. Cette nouvelle version du Web n'était par ailleurs pas conçue comme un développement du Web 1.0, mais plutôt comme une « extension des idées originales, des principes et de l'infrastructure » de ce dernier[540].

§ 271 En d'autres termes, le Web 2.0 « marque l'avènement et le développement de fonctionnalités dites sociales, car elles permettent à l'usager de personnaliser son environnement informationnel et lui offrent la possibilité de mieux interagir sur les dispositifs Web »[541]. Ainsi, les innovations technologiques ont permis d'assurer la pérennité de ces nouvelles formes de services en ligne, et plus globalement, ont transformé le Web, qui n'était alors qu'un « artefact » séparé du public, en un nouveau format qui permettait aux utilisateurs de contribuer de manière active à son évolution. Il s'agissait désormais du « *read-write* » Web, en ce sens que les ressources n'étaient plus uniquement du contenu statique (telles que les pages HTML) du côté du serveur, mais également du contenu dynamique qui pouvait être hébergé du côté du client[542]. Le Web 2.0 était donc avant tout une plateforme de services interactive plutôt que de simple contenus[543]. À ce titre, de nouveaux outils en ligne sont apparus tels que le TDM et les UGCs.

2. Le « *Text and Data Mining* » (TDM)

a. Définition

§ 272 Le *text and data mining*, ou la fouille et exploration de textes et données[544], peut se définir comme « un processus de recherche automatisé qui porte sur un ensemble de données numériques dans le but de découvrir de nouvelles connaissances ou de nouvelles idées »[545]. Plus précisément, la fouille de textes constitue une forme de fouille de données spécifiques dans laquelle cette activité est appliquée spécifiquement à des textes. L'exploration de données est quant à elle fondée sur des statistiques et la technologie de *machine learning*[546]. Ainsi, d'un point de vue technique, le TDM ne peut être effectué que sur des contenus numériques[547]. Le processus se déroule habituellement en

539 HALL/TIROPANIS, p. 3860.

540 RUDMAN/BRUWER, p. 135.

541 LE DEUFF, chap. 4 p. 1.

542 HALL/TIROPANIS, p. 3860.

543 LE DEUFF, chap. 4 p. 2.

544 Dans les lignes qui suivent, nous utilisons de manière indifférente les termes « *text and data mining* », « fouilles de textes » ou « exploration de données ».

545 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, p. 8 ; *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 45.

546 HARTMANN, p. 158.

547 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, p. 9.

trois étapes : l'accès aux données et aux textes recherchés, leur extraction et leur copie, puis finalement la découverte des connaissances nouvelles[548].

§ 273 Bien qu'il s'agisse donc d'un outil et non pas de créations de l'esprit en tant que telles, la fouille de textes et de données présente toute de même un certain intérêt sous l'angle du droit d'auteur, puisque qu'au cours d'une telle exploration, il peut être fait usage d'œuvres protégées d'une manière pouvant porter atteinte aux droits des titulaires[549]. En effet, ce procédé nécessite, pour pouvoir fouiller les données ainsi récoltées, « des reproductions au sens du droit d'auteur ou des extractions quantitativement ou qualitativement substantielles en amont et il ne peut être excusé (…) par aucune des exceptions existantes en droit positif »[550]. Certains auteurs envisagent à ce titre une nouvelle exception de recherche à des fins non commerciales[551].

b. Violation possible des droits d'auteur ?

§ 274 En France, les recherches menées dans le cadre du rapport de la mission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (ci-après : CSPLA) sur le TDM ont démontré que les utilisateurs de cet outil nient toute forme de violation du droit d'auteur découlant de cet usage[552]. Ils avancent trois arguments principaux pour appuyer leurs propos.

§ 275 Tout d'abord, ils estiment que le droit d'auteur ne doit pas freiner le développement de l'activité d'exploration de données, puisqu'il s'agit d'un traitement dont l'objet est informationnel (même dans l'hypothèse où l'objet fouillé est une œuvre), et que le droit d'auteur protège quant à lui la forme d'expression et non les idées[553]. En outre, les utilisateurs sont d'avis que l'approche dite « fonctionnelle » du droit d'auteur « veut que l'exploration de données sur une œuvre ne corresponde pas à l'exploitation que le droit d'auteur a pour fonction de protéger »[554]. Cela signifie qu'à l'inverse, l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur à d'autres fins que celles pour lesquelles elles

548 HARTMANN, p. 158.

549 HARTMANN, p. 159.

550 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, p. 2 ; *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 45.

551 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 45.

552 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, p. 12.

553 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, p. 12 ; à cet égard, la littérature en matière de TDM fait souvent mention de la dichotomie « fait/expression » (MAGRONI/KRETSCHMER, p. 689), ou encore la distinction entre information « sémantique », portant sur les faits et données et « syntactique », relative au caractère expressif d'une œuvre (DORNIS/STOBER, p. 110).

554 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, p. 13.

ont été créées, notamment pour la fouille de données, demeure libre[555]. Troisièmement, les utilisateurs considèrent que les accords contractuels qui doivent être négociés pour permettre les activités d'exploration de données constituent en réalité un obstacle à leur développement et découragent les initiatives y relatives[556]. Finalement, il est important pour les utilisateurs de prévoir une exception plus souple pour encourager le développement de l'activité de l'exploration de données[557]. Avant de s'y intéresser plus en détail, il convient de rappeler les exceptions pertinentes qui existent actuellement en droit positif, mais qui sont considérées comme insuffisantes.

§ 276 Dans la mesure où le TDM implique, pour en faire usage, une reproduction[558], la restriction aux droits exclusifs de l'auteur correspondante en droit suisse se trouve à l'art. 24*d* LDA. Cette disposition autorise la reproduction d'une œuvre à des fins de recherches scientifiques[559] lorsqu'elle est nécessaire à l'application d'un procédé technique et que l'accès à l'œuvre reproduite est licite ; elle serait dès lors envisageable comme fondement autorisant la reproduction potentiellement litigieuse[560]. À titre d'illustration, une décision rendue le 27 septembre 2024 par la *Landgericht* de Hamburg[561] abordait la question de la constitution d'une base de données reproduisant un volume massif d'images (la partie plaignante étant l'auteur de l'une de ces images) associées à des textes descriptifs (« *data set for image-text pairs* ») disponibles en accès libre et gratuit sur Internet[562]. En somme, en application de l'art. 60*d* UrhG – soit la disposition équivalente à l'art. 24*d* LDA en droit allemand, la *Landgericht* a tranché en faveur de la défenderesse créatrice de la base de données, considérant que la constitution de celle-ci constitue une étape préalable nécessaire à d'éventuelles recherches scientifiques ultérieures. Dans un tel cas, la reproduction litigieuse des données est réalisée dans un but licite, puisqu'elle pourrait permettre à des tiers d'exploiter la banque d'images à des fins scientifiques (notion interprétée ici de manière large). Pour cette raison, la défenderesse était en droit de se prévaloir de l'exception prévue par

555 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, p. 14.

556 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, p. 15.

557 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, p. 16.

558 *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE*, p. 46.

559 « Par recherche scientifique, on entend la recherche systématique, fondamentale ou appliquée, de nouvelles connaissances dans une discipline scientifique et dans un cadre interdisciplinaire. » (FF 2018 559, p. 595).

560 HARTMANN, p. 161.

561 *Landgericht Hamburg*, 310 O 227/23 (27 septembre 2024).

562 *LG Hamburg*, 310 O 227/23, § 5.

l'art. 60*d* UrhG[563]. Il s'agit de la première décision rendue en Europe ayant trait à l'application d'une exception légale à l'usage d'œuvres protégées au moyen du TDM, plus particulièrement en lien avec le développement des systèmes d'intelligence artificielle[564].

§ 277 Nous pourrions également nous demander si l'exception de citation (art. 25 LDA) ne permettrait pas de justifier les opérations de TDM – dans la mesure où la jurisprudence européenne n'exige pas d'œuvre citante pour pouvoir en bénéficier, ou encore le principe de l'effet utile (en interprétant la loi d'une manière effective et favorable à l'usage du TDM)[565] ; cette approche ne nous paraît toutefois pas convaincante dans la mesure où l'art. 24*d* LDA, au vu de ses critères d'application et à la lumière du cas allemand évoqué ci-dessus, semble plus approprié.

§ 278 Au niveau de la législation européenne, alors que la Directive 2001/29/CE prévoit une exception large relative aux reproductions provisoires à son art. 5 al. 1, la Directive 2019/790 portant sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique intègre deux nouvelles mesures plus précises adressées aux États membres – visant, comme l'indique l'intitulé de son Titre II, « à adapter les exceptions et limitations à l'environnement numérique et transfrontière » : l'art. 3, incitant les États membres à prévoir une exception pour les reproductions et extractions effectuées en vue de procéder à une fouille de textes et de données à des fins de recherche scientifique, et l'art. 4 qui vise une limitation pour ce type de fouille sans exigence de but de recherche. Les États concernés avaient un délai imparti au 7 juin 2021 pour s'adapter à ces mesures[566] ; s'agissant de la Suisse, c'est l'art. 24*d* LDA qui régit ces cas de figure. Contrairement à l'art. 4 de la Directive 2019/790, la disposition suisse (qui correspond à l'art. 3 de la Directive 2019/790) contient l'exigence que les fouilles soient effectuées dans un but de recherche scientifique, ce qui permet de limiter son extension à d'autres cas de figure[567].

§ 279 Nous relevons à cet égard, sans surprise, que les ayants droit s'opposent à un assouplissement d'une telle exception et encouragent plutôt la mise en place d'outils juridiques et techniques adaptés au développement du TDM, notamment une amélioration des normes contractuelles y relatives[568]. En effet, de leur point de vue, l'usage de ce procédé numérique peut porter atteinte

563 *LG Hamburg*, 310 O 227/23, § 99 ss.

564 VON WELSER, *Hamburg Regional Court Rules on Training Data for Artificial Intelligence*.

565 CJUE, *Technische Universität Darmstadt*, C-117/13 (11 septembre 2014), § 43.

566 HARTMANN, p. 163.

567 HARTMANN, p. 164.

568 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, pp. 17-18.

à leurs droits, qu'ils souhaitent dès lors exploiter dans la mesure la plus large possible tout en les protégeant au mieux[569].

§ 280 Il convient en outre de noter que les exceptions examinées dans cette section concernent davantage des cas de restrictions aux droits patrimoniaux, et non aux droits moraux. Partant, le TDM ne peut pas être aisément rattaché à la thématique des œuvres dérivées. Cependant, certains éléments de réflexion relatifs au besoin d'assouplissement du droit d'auteur nous permettent, à notre sens, de les mettre en lien.

c. Quid d'une exception plus souple ?

§ 281 Dans un arrêt du 16 octobre 2015, la Cour d'appel américaine a rendu une décision dans un conflit qui opposait l'*Authors Guild, Inc.*, partie plaignante, à *Google, Inc.*, partie défenderesse[570]. En somme, *Google* était accusé d'avoir scanné, dans le cadre de son projet *Google Books*, plus de 20 millions de livres sans autorisation ni contrat de licence. *Google* a ensuite rendu les copies numérisées des ouvrages accessibles auprès de ses bibliothèques partenaires, puis a également gardé des copies sur des serveurs *Google* ainsi que d'autres appareils de stockage, tout en effectuant d'autres opérations, comme la création d'un index électronique ; l'*Authors Guild* s'est plainte d'une violation des droits des auteurs desdits livres. La question qui se posait était donc de savoir si le fait d'avoir numérisé une collection entière d'ouvrages, sans autorisation ni rémunération en retour, et si le fait de rendre des versions numérisées disponibles sur Internet, en permettant au public de les trouver au moyen d'un moteur de recherche, constituait ou non un cas de *fair use* (question à laquelle l'instance précédente avait répondu par la positive)[571].

§ 282 La Cour d'appel a suivi l'avis de la Cour de District, en expliquant que *« Google's making of a digital copy to provide a search function (…) augments public knowledge by making available information about [p]laintiffs' books without providing the public with a substantial substitute for matter protected by the [p]laintiffs' copyright interests in the original works or derivatives of them »*[572]. Selon notre traduction, le fait d'avoir réalisé une copie numérisée de chacun des ouvrages litigieux vise un objectif plus large de mise à disposition d'informations au bénéfice du public, améliorant leurs connaissances générales, et dépasse ainsi le cadre des intérêts protégés par le droit d'auteur. Il ne s'agit donc pas de copies constituant des substituts numérisés de ces

569 HARTMANN, p. 164.

570 *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, 13-4829-cv (16 octobre 2015).

571 Résumé de la décision *Authors Guild v. Google*.

572 Résumé de la décision *Authors Guild v. Google*.

œuvres littéraires et utilisées dans ce but, mais bien de copies servant avant tout au développement du TDM. En particulier, *Google* a effectué un usage transformatif des ouvrages en ce sens qu'il a transformé le texte des livres en données à des fins de recherche, ce qui a permis une extension du TDM à d'autres domaines. Il s'agissait d'un apport nouveau dans la manière d'utiliser les livres, car « la fréquence de mots et leurs modes d'utilisation fournissent des informations substantielles »[573]. Ainsi, la numérisation des contenus littéraires en cause, qui n'est pas une simple reproduction ordinaire, peut résulter en un usage de l'œuvre tout à fait nouveau ; c'est pourquoi il est important d'introduire la finalité dans le raisonnement[574]. Dans un article visant à démontrer en quoi l'exploration de textes et de données ne viole pas les droits exclusifs de l'auteur, CARROLL explique en ces termes que *« a researcher's purpose for making, processing and keeping reproducibility copies is transformative because the copies are used to conduct TDM research and to validate the results, or to enable related computational research, and not to provide a substitute to the intended human readers of these articles »*[575]. Ce passage nous permet en outre d'illustrer l'une de nos réflexions précédentes relatives à la transformativité : si, comme nous l'avons suggéré, une numérisation peut potentiellement constituer une forme de transformation, il faut pour cela qu'elle passe le test de transformativité et qu'elle revête une finalité distincte en apportant une expression nouvelle et originale à l'œuvre dont il est fait usage[576]. En l'espèce, la numérisation des ouvrages litigieux à des fins de développement de TDM semble *a priori* constituer un usage transformatif conformément aux critères qui précèdent.

§ 283 Par conséquent, sur la base de ce qui précède, *Google Books* a été autorisé à fouiller entièrement des bibliothèques afin de fournir davantage de fonctions de recherche et d'extraits de livres[577].

§ 284 Nous constatons qu'une fois de plus, à l'instar des jurisprudences américaines qui traitaient d'œuvres dérivées (telles que *Campbell v. Acuff-Rose Music*, *AWF v. Goldsmith* ou encore *Perfect 10 v. Amazon.com*), le *fair use* américain semble être l'alternative la plus favorable au développement du TDM[578]. En particulier, CARROLL précise encore que le *« fair use permits a TDM researcher to make even non-transitory copies during processing, and also to*

573 MARINO, pp. 68-69.

574 MARINO, p. 72.

575 CARROLL, p. 941.

576 Cf. *supra* § 212 ss.

577 LUCCHI, p. 15.

578 *Rapport de la mission du CSPLA sur le « text and data mining »*, p. 41.

archive the data that were processed, because of the beneficial and transformative purpose of TDM research (...) »[579]. Dans le même sens, des critiques ont été formulées à l'égard des dispositions européennes évoquées plus haut, dénonçant le caractère restrictif de l'art. 3 de la Directive 2019/790 et le fait que l'usage du TDM puisse être interdit contractuellement dans le cadre de l'art. 4[580] comme étant des freins à l'introduction d'un instrument plus flexible comme le *fair use*[581].

3. Les « *User-Generated Contents* » (UGCs)

§ 285 Nous l'avons vu, l'émergence du Web 2.0 a mené à une interaction accrue entre et avec les utilisateurs d'Internet[582]. Par le biais des différentes opérations qu'ils peuvent effectuer en quelques clics (par exemple les téléchargements de vidéos, en passant par les blogs, les wikis ou encore les podcasts[583]), ils se retrouvent désormais eux-mêmes à l'origine de nouveaux contenus. C'est ce que l'on appelle les *user-generated contents*, soit les contenus générés par les utilisateurs. Il peut s'agir autant de textes, que d'images, de vidéos ou de musiques (typiquement, les contenus postés sur les réseaux sociaux[584]). Ces différents contenus revêtent trois caractéristiques principales : une mise à disposition publique, un certain effort créatif et une conception hors des habitudes et des pratiques professionnelles[585].

§ 286 Les contenus ainsi créés ont habituellement pour effet de déformer (typiquement dans le cas d'une reprise de chanson) ou de se servir d'œuvres préexistantes (notamment lorsqu'on ajoute une bande sonore à une vidéo amateur). En d'autres termes, dans la mesure où ces contenus peuvent être qualifiés de créations littéraires ou artistiques au sens de la LDA, ils peuvent en particulier prendre la forme d'œuvres dérivées numériques selon les cas. Indépendamment des exceptions potentiellement applicables prévues par la loi, il est intéressant de se demander si elles pourraient bénéficier ou non d'une protection particulière[586].

§ 287 Cette question est d'autant plus pertinente qu'à l'heure actuelle, le droit d'auteur ne permet de partager des contenus générés par les utilisateurs à

579 CARROLL, pp. 898-899.

580 MAGRONI/KRETSCHMER, p. 694 ; STROWEL/DUCATO, pp. 303-304.

581 HARTMANN, p. 164.

582 Cf. *supra* §§ 270-271.

583 LEE, p. 1460.

584 ILJADICA, p. 165.

585 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 16.

586 ANTREASYAN, p. 243.

partir d'œuvres préexistantes que de manière très limitée[587] ; il est en effet trop rigide face à ces nouveaux modes de création que certains écrits qualifient d'« informels »[588], soit non traditionnels et rattachés au monde numérique en particulier[589]. Malgré cela, force est de constater que du fait du déplacement vers la sphère publique, « des formes de créativité amateur auparavant hors d'atteinte du régime juridique tombent aujourd'hui sous la coupe des droits exclusifs de l'auteur »[590]. Pour l'heure, la protection des contenus générés par les utilisateurs basée sur le droit d'auteur n'est pas absolument exclue, mais le critère de l'individualité sera déterminant à cet égard. En effet, la plupart des contenus publiés sur les réseaux sociaux sont plutôt triviaux et banals, et ne remplissent donc que rarement cette exigence[591]. Il est intéressant de relever que les UGCs représentent en réalité une nouvelle forme de créativité qui se caractérise par une approche sociale des procédés créatifs ; il est dès lors difficile d'y appliquer les critères habituels du droit d'auteur et d'intégrer les UGCs dans une catégorie existante[592].

§ 288 Indépendamment de ce constat, le critère de l'individualité n'est pas examiné de la même façon selon qu'il s'agit d'un contenu dérivé d'une œuvre préexistante – qui, en ce sens, constitue une potentielle œuvre dérivée numérique – ou d'un contenu protégé copié par un utilisateur (*« user-derived' works »* ou *« user-copied' works »*)[593]. Dans le premier cas, il faudrait en particulier établir la mesure dans laquelle les éléments de l'œuvre préexistante apportent une individualité suffisante à l'UGC dérivé. Malgré cette possible extension, il apparaît que la protection des UGCs sous l'angle des œuvres dérivées demeure limitée.

§ 289 L'idée d'introduire une exception spécifique aux UGCs a également été discutée, et a même vu le jour au Canada. En effet, celle-ci a été introduite en 2012 dans la Loi sur le droit d'auteur canadien de 1985, dans le respect des conditions du test en trois étapes. Ce faisant, le Canada devient l'un des premiers États à réagir de manière active face à l'émergence des nouvelles formes d'œuvres sur Internet. Cette exception incorpore spécifiquement « la culture du partage » inhérente au monde numérique et s'écarte nettement des caté-

587 HUGENHOLTZ/SENFTLEBEN, p. 10.

588 LEE, p. 1459.

589 *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, p. 16.

590 LAMBRECHT, p. 70.

591 ANTREASYAN, p. 250.

592 ILJADICA, p. 163.

593 ILJADICA, p. 173.

gories d'œuvres traditionnellement protégées par le droit d'auteur[594]. Dans le cadre du droit suisse, une telle disposition pourrait par hypothèse être intégrée au Chapitre 5 de la LDA.

C. Web 3.0 et IAGen

1. Généralités

§ 290 Dès la fin des années 90, une vision future de ce vers quoi le Web pouvait tendre a commencé à émerger ; on imaginait une version « où la représentation des connaissances et le raisonnement pourraient être exploités pour ajouter du 'sens' aux ressources Web », jusqu'alors statiques. On parle de Web sémantique[595], qui correspond aujourd'hui au Web 3.0.

§ 291 Dans la continuité de ses versions précédentes, le Web 3.0 aspire à une décentralisation totale d'Internet (sans autorisation particulière) qui permet à la communauté des utilisateurs de posséder, de contrôler leur participation, de *« switcher »* de façon fluide entre les dispositifs de services et les plateformes, et de partager les récompenses qu'ils obtiennent en utilisant ce système[596]. Plus particulièrement, les données générées par le nombre toujours croissant des utilisateurs sont au centre de cette nouvelle ère de l'Internet et ont une valeur qui leur est propre, notamment de par la connexion qui s'établit entre les données présentant des caractéristiques similaires. En effet, les données deviennent de plus en plus accessibles aux consommateurs des services et plateformes[597], qui sont désormais conçus par le Web 3.0 comme des individus indépendants pour qui du contenu va automatiquement être créé de manière personnalisée[598].

§ 292 Le Web sémantique est donc l'ère du *« data »*, où ce sont davantage les ordinateurs qui génèrent des nouvelles informations, plutôt que les êtres humains. L'intégration des données est l'élément principal sur lequel se fonde le Web 3.0, et en faisant usage des métadonnées (qui sont les données relatives aux données elles-mêmes) intégrées dans les sites Internet, les données peuvent être converties en informations utiles[599] qui serviront de base aux « applications intelligentes »[600], à savoir les systèmes d'intelligence artificielle notam-

594 GENDREAU, p. 223.
595 HALL/TIROPANIS, p. 3860.
596 SUBRAMANIAN, p. 44.
597 RUDMAN/BRUWER, p. 136.
598 FRANCO, p. 1 et 3.
599 RUDMAN/BRUWER, p. 136.
600 HALL/TIROPANIS, p. 3861.

ment. En effet, ces derniers ont la capacité de localiser, évaluer, stocker et délivrer les données[601], comme nous allons le voir ci-après.

2. L'intelligence artificielle générative (IAGen)

a. Définition

Il est impossible d'évoquer le sujet du Web sémantique sans s'attarder sur l'une des principales innovations qui le caractérise, à savoir le *machine learning*. Comme le terme l'indique, il s'agit d'une technologie qui permet à des systèmes informatiques d'apprendre et d'améliorer leurs performances en fonction des données traitées, notamment en développant des algorithmes capables d'assimiler des relations statistiques[602]. Ainsi, à l'instar des formes d'intelligence artificielle, le *machine learning* se caractérise par sa capacité à collecter et analyser d'importants volumes de données. En fonction des exigences de la tâche d'apprentissage et des caractéristiques des données disponibles, l'intelligence artificielle peut ensuite sélectionner de différentes manières les données jugées pertinentes afin de rendre le processus d'entraînement des modèles plus efficace (on parle à cet effet de « données d'entraînement »). Ces modèles sont ensuite exploités par l'intelligence artificielle pour la création du résultat final. Dans le cas d'un modèle *génératif*, ce résultat peut prendre la forme d'une image, d'un texte, voire même d'une composition musicale, en fonction du type d'apprentissage utilisé. Le processus se déroule donc en plusieurs étapes successives : une phase de sélection, au cours de laquelle les données sont récoltées, une phase de programmation portant sur la construction du code informatique des modèles (auxquels seront notamment intégrés les algorithmes), une phase de formation qui permet d'entraîner lesdits modèles, et finalement une phase de génération, à l'issue de laquelle un résultat sera produit[603]. Ce procédé comporte la particularité de pouvoir être exécuté sans intervention ni assistance humaine aucune ; l'intelligence artificielle se développe en effet de manière autonome au fur et à mesure des *« patterns »* qu'elle crée à partir des données collectées[604]. Ainsi, plus la quantité de données récoltées et analysées par l'intelligence artificielle est conséquente, plus le système sera considéré comme performant. Au vu de ce processus complexe, l'intelligence artificielle est souvent qualifiée comme

§ 293

601 RUDMAN/BRUWER, p. 136.

602 TAMÒ-LARRIEUX/GUITTON/MAYER, p. 47.

603 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, pp. 43-44.

604 BONADIO/MCDONAGH, p. 112 ; CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, p. 445 ; SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, p. 59.

étant « la capacité d'un ordinateur à imiter l'intelligence humaine »[605], soit à produire des textes, images ou des créations audiovisuelles de la même manière qu'un être humain aurait pu le faire[606].

§ 294 Le système d'intelligence artificielle ainsi programmé est ensuite mis à disposition des utilisateurs, qui, pour s'en servir, vont lui fournir une séquence d'instructions habituellement textuelles, appelée « *prompt* »[607]. Celui-ci est reçu par un « encodeur de texte sémantique » (« *text encoder* »), qui « capture la complexité et la composition d'entrées textuelles arbitraires en langage naturel [avant de] convertir la légende textuelle en une représentation numérique, qui encapsule l'information sémantique du texte »[608]. Sur cette base, l'intelligence artificielle va puiser dans les modèles formés à partir de ses données d'entraînement pour générer le résultat souhaité par les utilisateurs. À cet égard, on parle habituellement d'intelligence artificielle *générative* (IAGen)[609]. Plusieurs outils automatisés dotés de cette fonctionnalité sont apparus au cours de l'année 2022, dont la seconde version de *DALL-E* (la première ayant été dévoilée en 2021), *Midjourney* ou encore *DreamStudio* s'agissant de la génération d'images. Tous fonctionnent sur un modèle texte-image, c'est-à-dire « un modèle d'IA qui traduit une description textuelle en image ayant une signification sémantique similaire à celle du texte »[610]. Pour ce qui est de la génération de textes, *GPT-4* (« *Generative Pre-trained Transformer* »), créé par *OpenAI* et disposant d'un modèle de langage, existe depuis 2023, faisant suite à *ChatGPT* paru en 2022[611].

§ 295 Ces divers outils d'intelligence artificielle s'inscrivent dans la continuité de l'expansion progressive du monde numérique. Malgré la richesse de ces développements, les risques que présente la génération d'œuvres telle que nous venons de la décrire, en particulier au regard du droit d'auteur, ne sauraient être négligés. C'est sur ce point que nous allons à présent nous pencher.

605 RAGOT et al., p. 573.

606 Nous souhaitons préciser que tous les aspects techniques relatifs à l'intelligence artificielle évoqués dans la présente étude sont volontairement simplifiés. Nous ne prétendons à aucune exhaustivité sur le sujet, ces processus techniques étant en réalité beaucoup plus complexes.

607 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Registration Guidance*, p. 1.

608 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 47.

609 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Registration Guidance*, p. 1.

610 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 42.

611 TAMÒ-LARRIEUX/GUITTON/MAYER, p. 3.

b. Les enjeux en lien avec le droit d'auteur

i) Généralités

Bien que le fonctionnement de l'IAGen semble compréhensible d'un point de vue technique, les conséquences de son utilisation en pratique demeurent floues. C'est ce qu'a récemment constaté le *United States Copyright Office* (ci-après : *U.S. Copyright Office*) après avoir reçu de nombreuses demandes d'enregistrement[612] – malgré le fait que, tout comme en Suisse[613], les œuvres sont protégées dès le moment de leur création (en application de la Convention de Berne) – portant sur des œuvres d'un nouveau genre, à savoir créées en tout ou partie à l'aide de l'IAGen[614]. Pour tenter de cadrer le développement et l'usage de cet outil, ainsi que de répondre aux questions et incertitudes qui en découlent, le *U.S. Copyright Office* a lancé une initiative en mars 2023 sous forme de lignes directrices sur le statut des œuvres générées par intelligence artificielle, ainsi qu'un avis de recherche en août 2023, le but étant de permettre aux divers spécialistes en droit d'auteur d'apporter leur contribution sur le sujet. § 296

Dans son avis de recherche, le *U.S. Copyright Office* met en évidence quatre problématiques principales concernant l'usage de l'IAGen vis-à-vis du droit d'auteur. Tout d'abord, les sources dont proviennent les données d'entraînement utilisées par le système d'IAGen (« *input* ») sont généralement des sources Internet, typiquement du contenu en « *open access* »[615]. Il est alors possible que les informations ainsi récoltées constituent des éléments protégés par le droit d'auteur[616], soit des œuvres remplissant les critères de l'art. 2 al. 1 LDA et dès lors couvertes par l'art. 1 al. 1 LDA. Cela signifie que le procédé de *machine learning* en lui-même pose déjà problème, puisque les opérations permettant de former la base de données du système d'IAGen – soit la collecte et conservation de données (« *data collection and curation* ») – sont susceptibles de violer les droits des titulaires des œuvres ainsi touchées[617], en particulier le droit de reproduction[618] ; il en va de même lors de la phase d'entraînement des données, au cours de laquelle les œuvres contenues peuvent être copiées § 297

612 Nous précisons qu'un tel système d'enregistrement n'existe pas en Suisse.

613 CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*, p. 13.

614 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Registration Guidance*, p. 1.

615 KÜBLER, § 1.

616 LUCCHI, p. 3.

617 GILLIÉRON, *Intelligence artificielle : la titularité des données*, p. 438.

618 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, pp. 26-27.

à plusieurs stades[619]. En outre, dans son rapport traitant spécifiquement de l'entraînement des systèmes d'IAGen, paru en mai 2025, le *U.S. Copyright Office* précise que le droit à l'intégrité de l'œuvre (en droit suisse, sous l'angle de l'art. 11 al. 1 let. b LDA) peut également être affecté. En effet, certains « poids de modèle [utilisés par l'IAGen] sont nécessairement des abstractions ou des transformations de *toutes* les données d'entraînement originales », qui peuvent dans certains cas présenter des éléments expressifs couverts par le droit d'auteur[620]. À cet égard, « la question de savoir si les poids d'un modèle impliquent un droit de reproduction ou [un droit à l'intégrité de l'œuvre en lien avec la création d'œuvres dérivées] dépend de la conservation ou mémorisation par le modèle d'une forme d'expression substantielle protégeable des œuvres en question »[621]. Ensuite, puisque l'obtention du résultat souhaité par les utilisateurs (« *output* ») implique souvent un processus *créatif*, se pose la question de savoir si ledit résultat ne constitue pas en lui-même une adaptation ou une forme dérivée des œuvres ayant servi de sources au système d'IAGen[622], et donc susceptible de bénéficier d'une protection par le droit d'auteur. En effet, contrairement aux personnes physiques, qui sont supposément en mesure de créer une œuvre originale sans se fonder sur un modèle de référence ou une création préexistante, un système d'IAGen ne peut pas fonctionner sans un tel contenu de base[623]. Troisièmement, si l'on admet qu'une telle œuvre dérivée peut être générée par IAGen, ce procédé serait réalisé en violation des droits des titulaires des œuvres préexistantes, et ce sans autorisation ni contrepartie financière aucune ; se pose dès lors la question de savoir qui peut être tenu pour responsable de la violation des droits d'auteur dans un tel scénario. Finalement, dans la mesure où le système d'IAGen a la capacité d'imiter l'identité ou le style artistique d'œuvres humaines – tout en sachant que ces éléments ne sont pas protégés par le droit suisse[624], il est intéressant de se demander où se situe la limite à partir de laquelle une atteinte aux droits d'auteur peut être admise dans le contexte de l'intelligence artificielle générative[625]. Au cours des prochaines pages, nous allons nous intéresser essentiellement au sort des données d'entraînement et des œuvres générées par intelligence artificielle, ainsi qu'à la gestion des atteintes au droit d'auteur liées à ces éléments.

619 ROSENTHAL/VERALDI, p. 13 ss ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, pp. 27-28.

620 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, p. 29.

621 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, p. 30.

622 BONADIO/MCDONAGH, p. 115.

623 KALPOKIENĖ, p. 15.

624 BARRELET/EGLOFF, art. 3 N 5 ; CHERPILLOD, *Le droit d'auteur en Suisse*, p. 17.

625 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Notice of Inquiry*, p. 59945.

ii) L'utilisation des données d'entraînement (« input »)

Ainsi, pour parvenir à créer le résultat souhaité par l'utilisateur de la manière la plus précise possible, le système d'intelligence artificielle doit ingérer une quantité très importante de données. En particulier, « l'extraction de textes et d'images (par hypothèse protégés par le droit d'auteur) et leur enregistrement sous une forme compressée et codée » nécessite une reproduction de ces œuvres, même si elle n'est que temporaire, en vue de les utiliser pour « l'entraînement » du système d'IAGen[626]. Dès lors qu'il s'agit d'un droit exclusif d'utilisation de l'auteur ou de son ayant droit, la reproduction au sens de l'art. 10 al. 2 litt. b LDA nécessite une autorisation, à moins que l'exception de l'art. 24*a* LDA ne soit applicable[627]. § 298

Cette disposition autorise en effet la reproduction provisoire d'une œuvre lorsque celle-ci est transitoire ou accessoire (let. a), qu'elle constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique (let. b), que son unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite de l'œuvre (let. c), et qu'elle n'a pas de signification économique indépendante (let. d). Cependant, force est de constater que cette exception ne peut pas être appliquée dans le cas qui nous intéresse, puisque l'entraînement de données se déroule habituellement en plusieurs phases, ce qui exclut en principe le caractère transitoire ou accessoire de la reproduction[628]. L'art. 24*a* let. c LDA n'est pas non plus d'une grande utilité, puisque la finalité de la reproduction n'est pas de permettre une transmission dans un réseau ni une utilisation licite de l'œuvre – car les conditions de l'exception d'usage privé au sens de l'art. 19 LDA font également défaut[629], mais bien d'entraîner un outil automatisé capable de générer divers résultats[630]. Selon CHERPILLOD, il en découle en outre que, dans la mesure où cette opération est généralement destinée à une exploitation commerciale, une telle reproduction revêt une signification économique indépendante[631]. GILLIÉRON précise que ce constat peut être nuancé si l'on considère que « c'est bien l'ensemble du lot de données qui a une valeur, et non la donnée isolée, seule protégée, par rapport à l'objectif visé »[632]. § 299

626 CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, p. 446.

627 CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, pp. 446-447.

628 GILLIÉRON, *Intelligence artificielle : la titularité des données*, p. 440.

629 GILLIÉRON, *Intelligence artificielle : la titularité des données*, p. 440 ; KÜBLER, §§ 13-15.

630 CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, p. 447 ; GILLIÉRON, *Intelligence artificielle : la titularité des données*, p. 440.

631 CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, p. 447.

632 GILLIÉRON, *Intelligence artificielle : la titularité des données*, p. 440, note 30.

§ 300 Un raisonnement similaire s'applique à l'exception de la reproduction à des fins de recherche scientifique prévue à l'art. 24*d* LDA, déjà évoquée plus haut[633]. Celle-ci aurait pu être pertinente dans le contexte de la réalisation des modèles du système d'IAGen, en particulier au regard du TDM[634], qui permet justement de faciliter l'extraction et l'analyse de grandes quantités de données[635]. Cet outil constitue en effet, aux termes de l'art. 24*d* LDA, un procédé technique dont l'application nécessite une reproduction, l'accès à l'œuvre reproduite devant être licite. Par ailleurs, la formulation de cette disposition est volontairement ouverte afin de permettre l'inclusion de technologies futures comparables[636], en l'espèce l'IAGen. Toutefois, l'entraînement d'un outil automatisé à vocation commerciale ne suffit pas ; encore faut-il que la finalité de recherche scientifique ancrée dans la loi soit respectée[637].

§ 301 Faisant écho à la vision de GILLIÉRON selon laquelle les données d'entraînement peuvent être conçues comme un lot, nous relevons que le droit d'auteur permet de protéger les compilations de données, telle qu'un ensemble de données ou une base de données, à la condition que leur sélection ou disposition dénote d'une certaine originalité. Cette règle ressort des art. 10 al. 2 de l'ADPIC[638], de l'art. 3 al. 1 de la Directive 96/9/CE et, s'agissant du droit suisse, de l'art. 4 al. 1 LDA qui peut protéger les bases de données en tant que recueils. Les données individuelles, quant à elles, ne bénéficient *a priori* pas de cette protection[639] (cela peut varier selon le contenu en question). Celle-ci n'est toutefois pas évidente à obtenir dans le cas des compilations de données ; il convient en effet de préciser que le « degré d'investissement » n'est pas pertinent au regard de l'analyse de l'originalité – ou plus justement de l'individualité. En outre, une simple collecte de données ne faisant l'objet d'aucune modification en vue de former une nouvelle base de données – ce qui semble être le cas de l'*input* – n'est en principe pas suffisante pour satisfaire aux exigences de protection. Finalement, « la protection par le droit d'auteur requiert généralement une intervention humaine intellectuelle et la conscience d'ob-

633 Cf. *supra* § 276 ss.

634 Tel que cela ressort notamment de la décision du *Landgericht* de *Hamburg* commentée plus haut (cf. *Supra* § 276).

635 LUCCHI, p. 14.

636 FF 2018 559, p. 595.

637 CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, p. 447 ; GILLIÉRON, *Intelligence artificielle : la titularité des données*, p. 440 ; KÜBLER, § 16 ; FF 2018 559, p. 595.

638 Aux termes de cette disposition, « [l]es compilations de données ou d'autres éléments, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles seront protégées comme telles ».

639 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 49.

tenir un résultat, ce qui exclut les bases de données créées automatiquement par un algorithme »[640]. Il convient ici d'établir une distinction entre les œuvres créées avec l'assistance d'un ordinateur et les œuvres *générées par* un ordinateur, dans des circonstances qui supposent l'absence d'un être humain[641] ; ces points seront détaillés plus bas[642].

§ 302 Il ressort de ce qui précède que les données d'entraînement dans leur ensemble ne bénéficient, au regard des droits patrimoniaux selon le droit d'auteur suisse actuel, que d'une protection limitée, voire inexistante, par opposition aux données qui constituent en tant que telles des œuvres protégées[643]. La question pourrait également être envisagée sous l'angle du droit moral de l'auteur de l'œuvre ayant servi d'*input*, dans la mesure où la modification de certaines images en vue de les utiliser pour entraîner les modèles du système d'IAGen pourrait porter atteinte au droit à l'intégrité de l'œuvre. Le seuil nécessaire pour admettre un tel préjudice est, dans la plupart des juridictions, difficile à atteindre, car c'est généralement l'honneur ou la réputation de l'auteur qui doit être mise à mal ; la transformation d'une image dans notre cas de figure n'est donc *a priori* pas suffisante[644]. En outre, du point de vue du droit suisse, la simple transformation technique d'une œuvre n'altère pas son caractère individuel[645] et échappe à ce titre à la notion de modification telle qu'entendue à l'art. 11 al. 1 let. a LDA[646]. La question du droit moral aurait plutôt lieu de se poser s'agissant non pas de l'*input*, mais du résultat généré par l'intelligence artificielle, comme nous le verrons plus loin[647].

§ 303 Plusieurs affaires récentes illustrent la problématique de l'usage d'œuvres protégées pour entraîner des systèmes d'IAGen. Dans le cadre d'un conflit datant de septembre 2023 opposant l'*Authors Guild* à *OpenAI* (créateur de *ChatGPT*)[648], la guilde ainsi que de nombreux écrivains et écrivaines se sont ralliés pour se plaindre du fait que la société à l'origine de *ChatGPT* aurait utilisé ce système d'IAGen en la nourrissant d'œuvres littéraires disponibles sur Internet et téléchargées de manière illégale[649]. Par avis et ordonnance du

640 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 50.

641 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 50 note 57.

642 Cf. *infra* § 326 ss.

643 GILLIÉRON, *Intelligence artificielle : la titularité des données*, p. 440.

644 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 53.

645 BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 8.

646 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 53.

647 Cf. *infra* § 304 ss.

648 *Authors Guild and al. v. OpenAI, Inc. and al.*, 1: 23-cv-08292 (9 septembre 2023).

649 *Authors Guild v. OpenAI*, § 2 ss ; ZHAN, *George R.R. Martin Among 17 Authors Suing Over ChatGPT*.

27 octobre 2025, la Cour de District de New York a appuyé cette position en précisant que « les allégations des [parties] plaignantes satisfont [les critères] d'une plainte *prima facie* pour violation [du droit d'auteur], à tout le moins à l'égard de certains *outputs* [produits par] ChatGPT »[650]. En outre, lorsque les écrivains Paul Tremblay et Mona Awad se sont opposés à *OpenAI* pour les mêmes raisons[651], la société s'est défendue en arguant que les parties plaignantes n'étaient pas parvenues à démontrer une similarité suffisante entre leurs écrits et l'*output* généré par *ChatGPT* – soit la présence de traits individuels reconnaissables dans ce dernier[652]. Cela nous amène à l'analyse de ce second élément.

iii) Les œuvres générées par IAGen (« output »)
(1) Des potentielles œuvres dérivées

§ 304 Au terme du processus génératif, le système d'IAGen produit un résultat à partir des modèles qu'il a entraînés à cet effet. Puisque, comme nous venons de le voir, la base de données de l'intelligence artificielle contient des œuvres préexistantes protégées pour elles-mêmes, il n'est pas exclu qu'elles soient en tout ou partie reprises dans l'*output* final[653]. Plus précisément, d'un point de vue technique, les modèles génératifs détruisent dans un premier temps « la structure d'une image en plusieurs étapes en y ajoutant du bruit numérique[654] »[655]. Ensuite, la même opération est exécutée en sens inverse en éliminant petit à petit le bruit numérique, créant progressivement une nouvelle image similaire à celles utilisées au départ[656].

§ 305 En d'autres termes, l'*output* pourrait potentiellement être directement *créé à partir desdites œuvres préexistantes*[657]. Les mots qui précèdent n'ont pas été choisis par hasard ; c'est en effet dans ce contexte précis que la question de la protection des œuvres dérivées numériques prend, selon nous, tout son sens. La conception de l'*output* en tant qu'œuvre dérivée ressort notamment de la plainte déposée par Paul Tremblay et Mona Awad à l'égard d'*OpenAI* – pour ne citer qu'un exemple – dans laquelle il est expliqué que *« (…) every*

650 *OpenAI, Inc. Copyright Infringement Litigation, Opinion and Order*, 25-md-3143 (27 octobre 2025), p. 1.

651 *Paul Tremblay, Mona Awad v. OpenAI, Inc. and al.*, 3: 23-cv-03223 (28 juin 2023).

652 BRITTAIN, *OpenAI asks court to trim authors' copyright lawsuits*.

653 CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, p. 447.

654 Fluctuation de la qualité de l'image.

655 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 46.

656 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, pp. 46-47.

657 GERVAIS, p. 2.

output from the OpenAI Language Model is an infringing derivative work, synthesized entirely from expressive information found in the training data »[658].

§ 306 Pour que le statut d'œuvre dérivée soit attribuée à l'*output*, celui-ci doit revêtir les qualités d'une œuvre protégée au sens de l'art. 2 al. 1 LDA, y compris le critère de la création de l'esprit (nous y reviendrons[659]) et une individualité propre qui est reconnaissable. Dans le cadre du système d'IAGen, cette qualité est apportée par la méthode d'utilisation de l'intelligence artificielle[660], en particulier la transmission du *prompt* par l'utilisateur. À titre d'illustration, une décision de la Cour de Beijing datant de décembre 2023[661] a marqué un tournant déterminant s'agissant de la qualité d'œuvre des contenus générés par intelligence artificielle. L'affaire portait sur un conflit opposant un utilisateur de *Stable Diffusion* dont l'image créée grâce à ce système d'IAGen avait été insérée dans l'article d'un tiers sans son autorisation. Le plaignant s'étant plaint d'une violation de ses droits d'auteur, il s'agissait pour l'autorité chinoise de déterminer s'il bénéficiait réellement de ces derniers en tant qu'auteur de l'œuvre générée par *Stable Diffusion*. Après avoir procédé à l'analyse des critères habituels (à savoir la nature littéraire ou artistique de la création et sa forme d'expression), la Cour a conclu que l'utilisateur avait fourni une série de *prompts* particulièrement détaillés, y compris des précisions quant à la lumière, la composition et l'expression du personnage (il s'agissait d'un portrait). En outre, elle a considéré que l'œuvre finale était véritablement le fruit d'un processus intellectuel, dans la mesure où elle n'était pas le résultat d'un mélange d'éléments préexistants paramétrés par le système d'intelligence artificielle[662]. Ainsi, puisque l'enchaînement des *prompts* présentait une certaine individualité, l'*output* en question possédait également cette qualité[663]. Ce point de vue a aussi été adopté en Corée du Sud en décembre 2023, où un film généré par IAGen a été enregistré par l'autorité compétente et son auteur s'est vu reconnaître des droits d'auteur sur cette œuvre[664]. Comme nous le

658 *Paul Tremblay, Mona Awad v. OpenAI, Inc. and al.*, § 66.

659 Cf. *infra* § 319.

660 KÜBLER, § 23.

661 Cour Internet de Beijing, 0491, Jugement civil n°11279 (27 novembre 2023).

662 HFG LAW & INTELLECTUAL PROPERTY, *For the first time AI generated Photo gets Copyright in China*.

663 Nous précisons que la décision rendue ultérieurement dans l'affaire *Feng v. Dongshan Company* (Tribunal populaire de Zhangjiagang, Province de Jiangsu, Jugement n°9015 du 19 mars 2025) est venue nuancer cette approche (SONG, *Chinese Court Found AI-Generated Pictures Not Copyrightable – Convergence With The U.S. Standard?*).

664 LEE, *South Korea grants copyright to AI generated work, 'AI Suro's Wife' film as work edited by humans*.

développerons plus bas, la participation d'une personne physique au processus créatif est déterminante pour parvenir à une telle conclusion[665]. Sur la base de ces exemples, et pour élaborer les réflexions qui vont suivre, nous envisagerons toujours le terme *output* comme étant une œuvre protégeable au sens des art. 1 al. 1 et 2 al. 1 LDA, sauf indication contraire. Dès lors que l'*output* remplirait les critères de l'art. 3 al. 1 LDA, la violation des droits portant sur les œuvres préexistantes utilisées par l'intelligence artificielle générative ne pourrait être retenue qu'à la condition que leurs traits individuels soient eux-mêmes également reconnaissables dans la production finale, ce qui demeure toutefois difficile à démontrer.

§ 307 Tout comme pour l'*input*, plusieurs affaires actuellement pendantes opposent différentes parties plaignantes à des sociétés créatrices et utilisatrices d'outils d'intelligence artificielle[666]. Pour ce qui est de l'œuvre générée par ces systèmes, il s'agit notamment du conflit entre *Getty Images* et *Stability AI*[667], dont la plainte déposée en janvier 2023 porte sur le fait que le second aurait copié et utilisé sans droit plus de 12 millions d'images appartenant à la banque d'images[668]. Sous l'angle de l'*output*, c'est une atteinte au droit moral qui a été mise en avant. En effet, la modification du filigrane (« *watermark* ») de *Getty Images* constitue une transformation qui va au-delà d'une simple transformation technique d'une œuvre, car cela « dilue » la qualité des images[669]. Dans sa décision du 4 novembre 2025, la *High Court of Justice* a finalement tranché en ce sens qu'une telle opération n'est pas constitutive d'une violation du droit d'auteur[670]. En décembre 2023, le *New York Times* s'attaque à son tour à *OpenAI* et *Microsoft*, les dénonçant d'avoir utilisé massivement des articles de presse protégés par le *copyright* dans le but d'entraîner leurs modèles d'intelligence artificielle[671] (conclusions auxquelles la Cour de District de New York a donné suite en avril 2025[672]). Plus récemment, *Disney* et *Universal* ont porté plainte

665 Cf. *infra* § 312 ss.

666 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Notice of Inquiry*, p. 59945, note 37 ; un recensement actualisé des affaires en cours est disponible sur le site internet ChatGPT Is Eating The World.

667 *Getty Images (US), Inc., v. Stability AI, Inc.*, 1: 23-cv-00135 (3 février 2023).

668 ESCOVEDO, *The Briefing by the IP Law Blog: Getty Images Sues Stability AI for Copyright Infringement in Stable Diffusion Training*.

669 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, pp. 53-54 ; *Getty Images v. Stability AI*, § 59, 111 et 125.

670 *Getty Images (US), Inc., v. Stability AI, Inc.*, Jugement de la *High Court of Justice,* Case No: IL-2023-000007 (4 novembre 2025), p. 200.

671 MIGLIORE, *Affaire New York Times c/ OpenAI et Microsoft Corporation* : rejet de la demande de production de certains éléments.

672 *The New York Times Company v. Microsoft Corporation et al.*, 1:23-cv-11195 (4 avril 2025).

contre *Midjourney*[673], l'objet du conflit étant les innombrables copies de personnages de fiction générées par le système d'intelligence artificielle[674]. En Europe, la CJUE a également été saisie par la Cour de Budapest en avril 2025 dans le cadre d'une affaire opposant la société *Like Company Kft.* à *Google Ireland Limited*[675] et portant sur la reproduction par les modèles d'intelligence artificielle de *Google* de publications journalistiques éditées par la société requérante[676]. L'œuvre générée par intelligence artificielle, en tant que potentielle œuvre dérivée créée sans autorisation et sans compensation financière, semble donc être un phénomène récurrent affectant toutes sortes de créations artistiques ou littéraires et qui mérite selon nous une attention particulière.

§ 308 Si l'on en revient à présent à la reconnaissance du résultat généré par IAGen en tant qu'œuvre à part entière et à la question de sa protection, celle-ci n'a, en fin de compte, d'intérêt pratique que pour son auteur. Cela soulève la question noueuse de la paternité de l'*output* dans le contexte des outils d'intelligence artificielle. En effet, différents protagonistes peuvent entrer en ligne de compte, à savoir l'utilisateur de l'outil d'IAGen, son programmateur ou développeur, ou encore la machine elle-même. À cet égard, divers éléments déterminants sont à prendre en compte quant à l'attribution du statut d'auteur.

(2) La paternité de l'œuvre

§ 309 La question de la paternité de l'œuvre dans le contexte des intelligences artificielles, soit l'attribution du statut d'auteur de l'œuvre générée par IAGen, est délicate et peut susciter de la méfiance. Nous avons en effet relevé un clivage distinct dans la littérature en la matière entre les partisans de la *« AI-pessimistic approach »* et les *« AI-positivists »*[677], qui envisagent d'accorder la paternité des *outputs* aux systèmes d'IAGen à certaines conditions. Une telle réflexion fragilise en effet l'essence même du droit d'auteur traditionnel, celui-ci mettant en avant le droit moral de l'auteur, ainsi qu'une vision de l'œuvre comme étant le fruit du travail et le reflet de la personnalité de l'auteur[678]. En dépit de ce qui précède, l'analyse de la paternité nous apparaît toutefois inévitable. Un examen à la lumière de la philosophie ou de l'anthropologie culturelle

673 Disney Enterprises, Inc. et al. v. Midjourney, Inc., Complaint, 2:25-cv-05275 (11 juin 2025).

674 ESPINER/JAMALI, *Disney and Universal sue AI firm Midjourney over images*.

675 CJUE, *Like Company Kft.*, C-250/25 (3 avril 2025).

676 ALTIJ & ORATIO AVOCATS, *Google, Gemini et les droits voisins* : Une IA qui fait des vagues.

677 MEZEI, *Protectability of AI-generated Outputs*, p. 128.

678 BONADIO/MCDONAGH, p. 114.

serait plus adéquat pour saisir les réels enjeux quant à l'évolution du statut d'auteur à l'ère numérique, mais dans ce sous-chapitre, nous nous cantonnerons uniquement aux aspects techniques qui se rapportent à notre problématique, à savoir en particulier la paternité de l'*output* en tant qu'œuvre dérivée.

§ 310 La notion d'œuvre « originale » découle principalement de la Convention de Berne et suggère par définition une approche « humano-centrée »[679]. En droit suisse, l'art. 6 LDA expose que « par auteur, on entend la *personne physique* qui a créé l'œuvre ». Ainsi, notre système légal est sans équivoque sur ce point : seul un être humain peut être à l'origine d'une œuvre artistique ou littéraire, et donc un auteur au sens de la loi suisse en la matière[680]. Il en va de même dans tous les pays européens présentés dans la première partie de ce travail ; il s'agit encore une fois d'une manifestation de la vision personnaliste du droit d'auteur sur le continent européen, plus particulièrement du principe dit du créateur, qui est qualifié par le Tribunal fédéral comme étant « l'une des maximes fondamentales de la législation suisse en matière de droit d'auteur »[681].

§ 311 Le *U.S. Copyright Office* avait initialement suivi une réflexion similaire sur ce point en confirmant dans ses lignes directrices relatives au statut des œuvres générées par intelligence artificielle que seul le produit de la créativité humaine peut bénéficier de la protection offerte par le *copyright* américain[682]. Ce constat suggère que l'exercice intellectuel nécessaire à l'acte créatif ne peut être exécuté que par un cerveau humain et selon une volonté de la même nature. À l'inverse, une personne morale n'a pas cette capacité[683] ni, en l'espèce, une machine[684]. Il convient de préciser ici que ce constat dépend du sens que l'on donne à la notion de créativité, comme nous le verrons plus bas[685]. Le *U.S. Copyright Office* a par la suite clarifié son propos – que nous développerons ci-après[686] – en ces termes : « *In most cases, however, humans will be involved in the creation process, and the work will be copyrightable to the extent that their contributions qualify as authorship* »[687].

679 SPINDLER, p. 259.

680 BARRELET/EGLOFF, art. 6 N 2 ; SCHÖNBERGER, p. 157.

681 BARRELET/EGLOFF, art. 6 N 1 ; ATF 116 II 352, c. 2*b*.

682 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Registration Guidance*, p. 2.

683 RAGOT et al., p. 574.

684 BARRELET/EGLOFF, art. 6 N 2.

685 Cf. *infra* § 319 ss.

686 Cf. *infra* § 328.

687 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 8.

En effet, s'il est vrai que la particularité de l'intelligence artificielle est son fonc- § 312
tionnement indépendant de toute participation humaine[688], à tout le moins s'agissant de la génération du résultat, certaines personnes physiques interviennent tout de même au cours du processus. Le codage des algorithmes et la supervision de l'entraînement des données sont par exemples des activités exécutées par des êtres humains dans la majorité des cas[689] (même si les algorithmes développés par le *machine learning* sont devenus particulièrement performants[690]). De même, c'est l'utilisateur qui déclenche le processus créatif de l'intelligence artificielle en lui fournissant la séquence textuelle qui servira de *prompt*. Ainsi, même si l'*output* généré par IAGen n'est pas directement le fruit d'un effort intellectuel et créatif humain, une protection de droit d'auteur ne saurait être complètement exclue dans la mesure où certaines personnes physiques y ont contribué ; c'est leur niveau d'implication qui sera alors déterminant[691]. La littérature américaine en la matière évoque à cet effet l'exigence d'un lien de création causal (« *creative causal link* »[692]) entre le résultat généré et l'être humain qui en est à l'origine, permettant de délimiter le champ d'application du *copyright*. Ainsi, selon MEZEI, *« [t]he generation of any output is outside the scope of copyright law, if there is no [creative] causal link between the output and any human behind the production of that output »*[693]. Certains auteurs sont d'avis que même si un tel lien existe, le caractère imprévisible du processus créatif – puisque l'œuvre est générée de manière aléatoire et que la personne physique concernée n'a aucune influence sur ce procédé[694] – semble dans tous les cas le briser[695] ; il s'agirait donc davantage d'un rapport principalement intellectuel et *créatif* plutôt que d'un véritable lien *causal per se*, auquel cas l'imprévisibilité du résultat ne jouerait aucun rôle. Comme l'explique le *U.S. Copyright Office*, *« [t]he issue is the degree of human control, rather than the predictability of the outcome »*[696].

688 Cf. *supra* § 293.

689 FELZMANN/FOSCH-VILLARONGA/LUTZ/TAMÒ-LARRIEUX, p. 3334 ; MEZEI, *Protectability of AI-generated Outputs*, p. 127.

690 FELZMANN/FOSCH-VILLARONGA/LUTZ/TAMÒ-LARRIEUX, p. 3334.

691 RAGOT et al., p. 574 ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 21.

692 RAGOT et al., p. 574.

693 MEZEI, *Protectability of AI-generated Outputs*, p. 136.

694 SPINDLER, p. 258.

695 BONADIO/MCDONAGH, p. 112.

696 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 21.

Le rôle du programmeur

§ 313 Si l'on suit la chronologie de la génération d'œuvres par IAGen, c'est le programmeur de l'outil automatisé qui exerce une influence en première place[697]. Il ne fait nul doute que la programmation d'une intelligence artificielle requiert un effort intellectuel considérable. De ce point de vue, la littérature en la matière évoque la question de savoir si le résultat produit par l'outil d'intelligence artificielle est une œuvre dont le programmeur pourrait être l'auteur, puisque c'est lui qui paramètre, et donc prédéfinit de manière substantielle les limites dans lesquelles celle-ci a pu être imaginée et générée[698]. Autrement dit, « il formule entièrement un plan créatif qui se manifeste dans les algorithmes et les processus du modèle d'IA »[699]. Il conserverait ainsi un certain contrôle sur le fonctionnement interne de l'outil d'IAGen et se trouverait *de facto* à l'origine de l'*output* généré[700]. Traduit dans le vocabulaire du droit d'auteur, cela signifierait que « le résultat viendrait à incorporer un apport individuel qui serait de [la] création [du programmeur] »[701]. Dans son commentaire de l'art. 6 LDA, EGLOFF nuance l'exigence selon laquelle la paternité d'une œuvre ne peut revenir qu'à l'être humain qui l'a créée physiquement dans son individualité en précisant que « la situation est différente lorsqu'il y a derrière la machine un être humain qui a effectué la programmation nécessaire ou ordonné la mise en œuvre du processus de production (art aléatoire, art électronique, musique électronique, etc.). Dans ce cas, un humain a dirigé la création de l'œuvre par sa propre activité intellectuelle, de sorte que la qualité d'auteur est reconnue à cette personne »[702]. Il apparaît que cette réflexion pourrait également valoir pour le programmeur à l'origine d'un système d'intelligence artificielle.

§ 314 Dans une telle situation, le lien de création causal demeurerait à notre sens intact. Qui plus est, selon GINSBURG et BUDIARDJO, le droit d'auteur ne prévoit pas nécessairement d'exigence pour l'auteur de visualiser mentalement et de manière précise l'œuvre qu'il cherche à créer ; il suffit que l'apport

697 Les rôles nécessaires au développement d'un système d'intelligence artificielle efficace sont en réalité très divers (personnes en charge du codage des algorithmes, de l'entraînement des données, etc.) ; par souci de simplification, nous réunissons tous ces rôles dans la dénomination « programmeur ».

698 BONADIO/MCDONAGH, p. 116 ; CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, p. 449.

699 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 62.

700 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 62.

701 CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, p. 449.

702 BARRELET/EGLOFF, art. 6 N 2.

créatif seul puisse être constaté[703]. À titre d'exemples, nous pensons ici aux œuvres de Jackson Pollock et sa technique du *« dripping »*, ou à la série des « Tirs » de Niki de Saint Phalle.

§ 315 Il convient de faire ici deux réserves. Tout d'abord, si l'on devait retenir l'hypothèse qui précède comme plausible, elle devrait se limiter aux situations où les systèmes d'IAGen sont entraînés pour produire des résultats spécifiques, soit où un véritable *choix* est effectué dans le paramétrage du système ; un programmeur qui fournit à la machine des données de manière aléatoire n'aurait donc pas d'influence sur le résultat produit[704]. En outre, au sens de l'art. 2 al. 3 LDA, le programme d'intelligence artificielle en lui-même peut être qualifié de création de l'esprit et bénéficier d'une protection à ce titre. Il faut toutefois distinguer le programme permettant de générer une œuvre, et l'œuvre elle-même en tant que résultat, la protection de celle-ci étant indépendante. Il en découle que l'auteur du programme ne deviendra pas automatiquement auteur des œuvres générées par ce dernier[705].

Le rôle de la machine

§ 316 Une fois le travail du programmeur terminé, la machine d'IAGen est prête à l'utilisation. S'agissant du statut d'auteur, il est à présent établi que le droit d'auteur ne permet pas, à l'heure actuelle, d'attribuer ce rôle à un outil d'intelligence artificielle. Nous ne souhaitons pas remettre ce point en cause. Toutefois, une affaire datant de 2019 ayant été présentée devant la cour du tribunal de district de Nanshan à Shenzhen[706] s'en est déjà chargée. Celle-ci opposait la société *Tencent*, partie plaignante, à la compagnie *Shanghai Yingxun Technology*, défenderesse. Cette dernière avait publié sans autorisation sur son site Internet un article de rapport financier généré par une intelligence artificielle développée par *Tencent*, *Dreamwriter*. La question qui se posait était celle de savoir si cette reproduction de l'article était couverte ou non par le droit d'auteur, sachant que l'auteur était, techniquement, un système d'intelligence artificielle. La cour chinoise y a répondu par l'affirmative, considérant que le texte exploité sur le site de la défenderesse remplissait les critères légaux d'une œuvre littéraire (notamment une structure cohérente et une certaine originalité) alors même qu'il s'agissait d'un résultat généré par intel-

703 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 61 ; GINSBURG/BUDIARDJO, p. 409.

704 CHERPILLOD, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, p. 449.

705 RAGOT et al., p. 575.

706 Cour de District de Shenzhen Nanshan, 0305, Jugement civil n°14010 (24 décembre 2019).

ligence artificielle[707]. Elle fonde notamment cette décision sur la présence de facteurs démontrant une intervention humaine dans l'élaboration du texte ; dans le cas d'espèce, cet aspect a été appréhendé d'une manière particulièrement large[708]. La cour a en effet considéré que l'article litigieux avait été créé « par l'intelligence artificielle globale de plusieurs équipes (…) gérées par la partie plaignante, qui reflète [ses] besoins et [ses] intentions (…) ». Elle précise en outre que dans une telle configuration, l'article peut être envisagé comme l'œuvre d'une personne morale créée par la partie plaignante. Ainsi, la cour a également tranché en ce sens que les droits d'auteur devaient être attribués à cette dernière, considérée en l'espèce comme l'utilisateur de l'intelligence artificielle[709].

§ 317 Par opposition à cette conclusion de l'autorité chinoise, une décision de la Cour Municipale de Prague datant d'octobre 2023 (définitive depuis avril 2024)[710] a renforcé pour la première fois la position européenne en la matière, à savoir l'impossibilité pour une intelligence artificielle (en l'espèce le programme *DALL-E*) de revêtir la qualité d'auteur requise pour lui attribuer la paternité sur l'œuvre qu'elle a générée[711].

§ 318 L'affaire *Shenzhen Tencent v. Shanghai Yingxun* met en lumière le fait que le rythme actuel du développement du *machine learning* rend la frontière séparant le contrôle humain de celui de la machine de plus en plus floue[712] : comme l'expliquent BONADIO et MCDONAGH, *« [t]he more independant AI systems become, the harder it is to identify a human responsible for the arrangements that lead to the generation of the final output higher up the chain »*[713]. En particulier, si une œuvre littéraire ou artistique identique à celle que pourrait générer un système d'IAGen était à l'inverse créée par un être humain, aucune objection ne serait portée quant à sa possible protection par le droit d'auteur[714]. Notre réflexion ne porte donc que sur des situations où la création revêt tous les « éléments traditionnels » de la paternité[715], mise à part la nature humaine de l'auteur.

707 THE SUPREME PEOPLE'S COURT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, *Court rules AI-written article has copyright*.

708 MAIDANYK, p. 150.

709 BO, p. 3.

710 Cour Municipale de Prague, 10 C 13/2023-16 (11 octobre 2023).

711 PÉROT/BOUZAYEN/ABBA, *IA et droit d'auteur : première décision judiciaire en Europe [République Tchèque]* ; ŠČERBA/FOŘT, *Autorské právo v éře AI: první rozhodnutí českých soudů*.

712 BENHAMOU/VOISIN/BAUER/FELISBERTO/GAUFFROY-NAUDIN/RIOM, p. 22.

713 BONADIO/MCDONAGH, p. 118.

714 BONADIO/MCDONAGH, p. 112.

715 KALPOKIENĖ, p. 15 ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Registration Guidance*, p. 2.

Parmi ces éléments, la notion de « création de l'esprit », telle qu'entendue par § 319
l'art. 2 al. 1 LDA – en droit suisse, elle se concrétise sous la forme de traits individuels – se retrouve justement fragilisée par les capacités nouvelles des outils automatisés. Elle est communément associée à l'intelligence, dans la mesure où la créativité fait largement appel à une forme d'intelligence artistique[716] ; ces caractéristiques sont habituellement perçues comme intrinsèquement rattachées à l'esprit humain[717]. Pour une partie de la littérature en la matière, l'intelligence artificielle peut certes simuler le schéma cérébral (« *brain-path* ») d'un humain en analysant des données, mais seul l'esprit d'une personne physique peut être à l'origine de l'inventivité et de la créativité nécessaires à la production d'une œuvre[718]. Un autre courant de pensée (qui semble se rapprocher du mouvement « *AI-positivist* ») prône en revanche une conception de la pensée humaine comme étant elle-même algorithmique, soit qu'il sera un jour possible de reproduire complètement, au moyen de l'intelligence artificielle, l'esprit ainsi que la conscience humaines, et par conséquent une créativité de la même nature également[719]. Dans un tel scénario, la distinction entre la machine et l'humain serait en effet dénuée de pertinence ; il demeure toutefois purement théorique[720].

En février 2022, le *U.S. Copyright Office* a été amené à se prononcer de § 320
manière concrète sur l'attribution de la paternité à un système d'intelligence artificielle qui avait généré, à la demande d'un utilisateur, une œuvre d'art bidimensionnelle nommée « *A Recent Entrance to Paradise* ». Dans sa demande d'enregistrement, l'utilisateur en question a précisé que l'auteur de cette image était la « *Creativity Machine* », dont il était le propriétaire. Il a en outre avancé que la doctrine du « *work made for hire* » était applicable à son cas[721]. Il s'agit d'une fiction légale selon laquelle une œuvre créée par une personne peut être attribuée à une autre, sans que celle-ci en soit le véritable auteur, à savoir sans qu'elle n'ait joué un quelconque rôle dans la production du résultat final. Cette doctrine s'applique généralement dans le cadre de relations contractuelles entre un employeur et son subalterne, le premier devenant l'auteur des œuvres réalisées par le second. Une application du « *work made for hire* » aux créations générées par intelligence artificielle impliquerait que le véritable auteur soit

716 SCHÖNBERGER, p. 148.
717 SCHÖNBERGER, pp. 150-151.
718 SCHÖNBERGER, pp. 149-150.
719 SCHÖNBERGER, p. 149.
720 SCHÖNBERGER, p. 150.
721 U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, « *A Recent Entrance to Paradise* », p. 2.

le système d'IAGen, et que l'auteur fictif soit la personne qui ne fait qu'enclencher le processus créatif sans apport personnel. Il n'est toutefois pas concevable de considérer une machine comme un employé œuvrant pour le compte d'un programmeur ou d'un utilisateur[722].

§ 321 Il existe un outil similaire ancré dans la loi sur le droit d'auteur anglais, à l'art. 9 § 3 CDPA. Aux termes de cette disposition, *« [i]n the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken »*. Ici aussi, la notion d'auteur est étendue à des personnes qui ne sont pas directement intervenues au cours du processus créatif, mais qui ont accompli les « arrangements nécessaires » à la production de l'œuvre. Transposée au domaine de l'intelligence artificielle, cette règle crée également une fiction légale de paternité pour le programmeur ou l'utilisateur, l'auteur « réel » étant une fois de plus la machine. Cependant, ce type de réglementation risque d'être vidée de son sens au fur et à mesure que l'intelligence artificielle devient plus autonome, comme nous l'avons relevé plus haut. En effet, il sera alors difficile de déterminer lequel, de l'humain ou de la machine, effectue lesdits « arrangements nécessaires » à la création de l'œuvre[723].

§ 322 Dans le cas de la demande d'enregistrement de l'œuvre intitulée *« A Recent Entrance to Paradise »*, la doctrine américaine du *« work made for hire »* a été écartée. Suite à un premier refus, c'est en réponse à une seconde requête que le *U.S. Copyright Office* a confirmé que l'œuvre en question ne pouvait pas faire l'objet de la paternité humaine requise, et que l'utilisateur ayant adressé la requête n'avait pas fourni la preuve d'un apport créatif ou d'une intervention humaine suffisantes au cours du processus génératif[724]. Cette position a été validée en mars 2025 dans une décision rendue sur appel par la Cour d'appel[725].

§ 323 Par ailleurs, un autre aspect nous semble déterminant quant au statut de la machine en tant qu'auteur : celle-ci ne dispose pas de la personnalité juridique et ne serait donc pas en mesure de faire valoir des droits d'auteurs dans le cas où ils lui seraient attribués[726].

§ 324 Au vu des éléments qui précèdent, et aux fins de notre recherche, nous retiendrons, en accord avec la doctrine majoritaire, que le système d'intelligence

722 BONADIO/MCDONAGH, p. 115.

723 BONADIO/MCDONAGH, pp. 115-116.

724 U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, *« A Recent Entrance to Paradise »*, p. 2.

725 *Stephen Thaler v. U.S. Copyright Office*, 1:22-cv-01564 (18 mars 2025).

726 BONADIO/MCDONAGH, p. 118.

artificielle, en tant que machine, ne peut pas revêtir la qualité d'auteur, et qu'il ne saurait donc bénéficier de la paternité sur les œuvres dérivées qu'il génère.

Le rôle de l'utilisateur

§ 325 Nous connaissons maintenant les rôles joués par le programmeur en amont du processus créatif et celui de l'IAGen au cours dudit processus respectivement. Il convient toutefois de rappeler que c'est l'utilisateur qui le déclenche et qui permet ainsi la création de l'*output* final. À ce titre, la paternité de l'utilisateur sur ce dernier peut être envisagée sous l'angle du *prompt* qu'il fournit à l'intelligence artificielle – ou plus exactement de l'enchaînement des *prompts* successifs, leur arrangement et leur structure. Il est vrai que les descriptions textuelles influencent substantiellement le résultat généré, comme nous l'avons relevé plus haut en nous référant à la décision de la Cour de Beijing de décembre 2023[727]. Par ailleurs, un même programme utilisé par divers utilisateurs produira toutes sortes d'*outputs* différents, selon les instructions que chacun d'entre eux transmettra et indépendamment de celles des autres[728]. Cela nous amène au constat que, certes, chacune des œuvres ainsi produites est unique. Le *U.S. Copyright Office* considère cependant que le lien de création causal évoqué plus haut est ici réellement mis à mal, car l'imprévisibilité et le caractère aléatoire de la création de l'œuvre finale ne permettent pas de la rattacher clairement à l'utilisateur[729]. En particulier, il est d'avis que malgré l'influence évidente que nous venons de mentionner, le *prompt* consiste davantage en des suggestions que des ordres donnés au système d'IAGen, créant une distance non négligeable entre la personne de l'utilisateur et le contenu produit. Le contrôle créatif sur ce dernier ferait donc défaut dans ce contexte[730]. Comme le synthétise le *U.S. Copyright Office*, *« [p]rompts essentially function as instructions that convey unprotectible ideas. While highly detailed prompts could contain the user's desired expressive elements, at present they do not control how the AI system processes them in generating the output »*[731].

§ 326 Dans un document de synthèse révisé sur les politiques en matière de propriété intellectuelle et intelligence artificielle, l'OMPI opère une distinction

727 Cf. *supra* § 306.

728 BONADIO/MCDONAGH, p. 117.

729 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 69 ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 15.

730 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 15 ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *« Zarya of the Dawn »*, pp. 9-10.

731 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 18.

– reprise d'ailleurs par d'autres auteurs de doctrine[732] – entre, d'une part, ce qu'elle intitule les *« AI assisted » outputs*, soit les résultats générés *à l'aide* d'une intervention et/ou direction humaine, et d'autre part les *« AI generated » outputs*, soit les contenus générés par un système d'intelligence artificielle de manière autonome[733]. Cette catégorisation visait à prendre en compte le fait que dans la plupart des cas, ledit système est avant tout utilisé comme un outil qui prête assistance au créateur du contenu artistique ou littéraire ainsi généré et qu'à cet égard, son traitement ne devrait pas forcément différer des autres inventions technologiques préexistantes ayant une fonctionnalité similaire[734]. En effet, l'usage de la technologie moderne au profit de la créativité n'est pas une nouveauté[735]. Il est toutefois évident que l'intelligence artificielle est un outil particulièrement performant et que le constat qui précède doit être nuancé à son égard. La réflexion entourant les *AI assisted outputs* n'est malgré tout pas dénuée d'intérêt, car cela impliquerait que dans le cas où l'utilisateur ne se sert de l'intelligence artificielle qu'en tant qu'outil créatif lui permettant de concrétiser une œuvre qu'il a entièrement imaginée, le contrôle créatif que nous avons évoqué plus haut demeurerait entre ses mains. À titre d'exemple, Jason Allen a remporté un concours des beaux-arts en septembre 2022 avec une image générée par le système d'IAGen *Midjourney*, intitulée *« Théâtre d'Opéra Spatial »*. Cet événement a suscité de vives réactions parmi les autres participants au concours[736]. En conformité avec ses lignes directrices en la matière, le *U.S. Copyright Office* a déclaré que l'œuvre en question ne pouvait pas faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur, faute de rattachement à un auteur humain[737]. L'artiste s'est défendu en détaillant tous les efforts créatifs qu'il a fournis et en insistant sur l'instrumentalisation totale de *Midjourney* pour permettre la génération de l'image finale ; il a notamment indiqué qu'en tranchant de la sorte, le *U.S. Copyright Office* « avait ignoré l'élément essentiel de la créativité humaine » nécessaire au fonctionnement de l'IAGen[738].

732 HARDMAN/HOUSEL, p. 6 ; MAGGIORE, p. 383 ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 12.

733 OMPI, *Document de synthèse*, § 12.

734 HARDMAN/HOUSEL, p. 6 ; OMPI, *Document de synthèse*, § 16.

735 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 1 ; nous pensons notamment aux développements relatifs à la photographie, aux films ou encore aux jeux vidéo.

736 ROOSE, *An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren't Happy.*

737 U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, « *Théâtre d'Opéra Spatial* », p. 3 ss.

738 KNIBBS, *Why This Award-Winning Piece of AI Art Can't Be Copyrighted*.

Si la distinction entre les *AI assisted* et *AI generated outputs* devait constituer un critère, il serait alors nécessaire d'établir un seuil à partir duquel le contrôle créatif de l'utilisateur serait considéré comme suffisant, et à l'inverse en deçà duquel il serait considéré que le contenu est majoritairement le fruit d'un processus créatif opéré par le système d'intelligence artificielle lui-même[739]. § 327

Sur la base de ce qui précède, parmi les scénarios exposés, c'est l'utilisateur qui, à notre sens, est le plus à même de bénéficier de la paternité de l'œuvre générée par IAGen. Nous avons en effet donné plusieurs exemples de créations ayant été imaginées et élaborées par des personnes physiques, qui se sont ensuite servies de système d'intelligence artificielle comme d'un outil artistique pour leur donner vie. Il est intéressant de relever ici que malgré ses refus tranchés quant à l'attribution du statut d'œuvre à plusieurs créations générées par IAGen (*« Théâtre d'Opéra Spatial »*, *« A Recent Entrance to Paradise »*, *« Zarya of the Dawn »*), le *U.S. Copyright Office* a récemment assoupli sa position dans un rapport publié en janvier 2025 traitant de l'aptitude à faire l'objet d'une protection de droit d'auteur (*« copyrightability »*) de ce type de contenu. En effet, l'autorité américaine insiste elle aussi sur la séparation entre, d'une part, l'usage de l'IAGen comme un outil de création, et d'autre part, les cas où l'IAGen procède à ses propres choix créatifs et se substitue à la créativité humaine[740]. Dans le premier cas, il convient d'analyser si l'œuvre numérique ainsi créée revêt les caractéristiques d'une création protégeable par le droit d'auteur, et dans l'affirmative, la mesure dans laquelle l'utilisateur est à l'origine de son caractère expressif. En somme, le *U.S. Copyright Office* semble ouvrir la porte à la protection des œuvres générées par IAGen lorsque celle-ci est instrumentalisée au service de la créativité humaine, qui doit se refléter sans équivoque dans le résultat final. À titre d'exemple, le *U.S. Copyright Office* a validé l'enregistrement d'un *output* créé sur la base d'une image dessinée de la main d'un artiste (soit une œuvre préexistante), qui a donc servi d'*input* principal. L'auteur a ensuite fourni au système d'IAGen des indications quant aux effets qu'il souhaitait appliquer à l'image[741]. Sous l'angle de l'œuvre dérivée, le *U.S. Copyright Office* explique que « [d]e la même manière que la protection des œuvres dérivées est limitée aux [éléments] ajouté[s] par l'auteur [secondaire], le droit d'auteur sur ce type de production générée par l'[intelligence artificielle] couvrirait [uniquement] l'expression humaine [qui demeure] perceptible [dans l'*output* final] »[742]. Il précise toutefois que les *prompts* ne § 328

739 OMPI, *Document de synthèse*, § 15 (i).

740 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 12.

741 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 23.

742 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 24.

peuvent pas, à eux seuls, bénéficier de la protection du droit d'auteur ; une concrétisation en la forme d'une œuvre numérique est nécessaire[743]. Une telle perspective aurait peut-être permis une analyse moins stricte de l'œuvre *« Théâtre d'Opéra Spatial »* évoquée ci-avant, notamment en considérant que *Midjourney* avait uniquement servi à donner corps à la vision de l'artiste ; à notre sens, cette position demeure toutefois difficile à défendre en l'absence d'une œuvre préexistante ayant servi de base pour la création de l'*output*.

§ 329 À l'appui de cette position, d'autres pays étrangers, comme la Chine et la Corée du Sud, se sont également montrées plus souples en prenant en considération la participation de l'utilisateur dans le processus créatif, ainsi que le démontrent les affaires analysées plus haut[744]. Au vu du rôle croissant des outils d'IAGen dans le monde artistique, cette approche ne nous paraît pas dénuée de pertinence. Comme le résume avec justesse DE WERRA, « [a]fin de garantir la diversité continue de la créativité, il est impératif que la créativité humaine soit protégée et encouragée. À cet égard, il convient de s'abstenir d'adopter une vision trop rigide considérant la créativité humaine et la créativité de l'IA comme des opposés manichéens, car il sera probablement de plus en plus difficile de les distinguer dans un avenir (peut-être pas si lointain) où les capacités de l'IA seront mises à profit en conjonction avec la créativité humaine (...) »[745].

c. Justification ou atténuation des atteintes au droit d'auteur

§ 330 Alors que nous avons jusqu'ici exposé les potentiels conflits que peuvent soulever la nature particulière des données d'entraînement au regard du droit d'auteur et la question de la paternité de l'*output*, les points de réflexion qui vont suivre visent à mettre en évidence les instruments juridiques existants ou envisageables qui pourraient neutraliser ces atteintes.

i) Le « fair use » face à l'IAGen

§ 331 Face aux risques de violation des droits d'auteur découlant de l'usage d'œuvres protégées en tant que données d'entraînement, l'outil le plus adéquat pour se défendre semble être l'exception de *fair use*, dont nous connaissons désormais les avantages dans l'environnement numérique[746]. Alors que la plupart des personnes à l'origine de cette atteinte n'en sont tout simplement pas conscientes,

743 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 2: Copyrightability*, p. 41.

744 Le point de vue adopté dans ces affaires demeurant néanmoins sujet à évolution, comme évoqué dans la note 663 ci-dessus.

745 DE WERRA, *Artificial Intelligence & Intellectual Property*, p. 3.

746 Cf. *supra* § 196.

d'autres, au contraire, l'anticipent et s'attendent à ce que cette clause permette de justifier leurs actes en cas de conflit[747]. La littérature en la matière opère une distinction déterminante à ce sujet : l'usage expressif ou non expressif des œuvres protégées. À titre d'illustration, nous avons parlé plus haut de l'affaire *Perfect 10 v. Amazon*, à l'issue de laquelle la Cour Suprême américaine a qualifié l'usage des images de la plaignante de *fair use*[748]. Elle a en effet considéré que leur incorporation dans un outil de recherche électronique constituait une transformation suffisante pour ne pas porter atteinte au marché des œuvres concernées. Il s'agissait dans ce cas d'un usage non expressif de ces dernières[749], et donc couvert par le *fair use*, car c'est davantage l'utilité des images qui a été exploitée, plutôt que leur contenu en tant qu'œuvres artistiques.

§ 332 Il est donc intéressant de s'interroger sur la possibilité de concevoir l'usage d'œuvres protégées en tant que données d'entraînement de modèles d'intelligence artificielle comme un cas d'usage loyal non expressif[750]. En réalité, cela va dépendre du but recherché et de la façon dont la fonctionnalité du modèle est déployée[751] : si l'intelligence artificielle est entraînée pour développer une fonctionnalité pratique et instrumentale, comme par exemple la reconnaissance faciale, l'application du *fair use* non expressif peut être envisagée. Si en revanche les modèles sont entraînés pour la génération de contenus littéraires ou artistiques, il s'agira de toute évidence d'un usage expressif ; l'application du *fair use* sera alors davantage conflictuelle[752].

§ 333 Dans son article sur l'utilisation du *fair use* face à l'intelligence artificielle, SOBEL évoque également la distinction entre le caractère productif d'un usage, par opposition à un usage consomptif. Dans le premier cas, alors qu'un usage expressif est *a priori* davantage susceptible d'être la cause d'une violation des droits d'auteur, cette dernière pourrait être justifiée par l'aspect productif de l'usage lorsque l'auteur du contenu ainsi créé apporte une expression nouvelle[753]. À l'inverse, un usage purement consomptif sera difficilement couvert par le *fair use*. À titre d'exemple, l'arrêt américain *Sony v. Universal*, qui s'est soldé en un cas d'application de cette doctrine, avait suscité une dis-

747 SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, p. 49.

748 Cf. *supra* § 214.

749 BONADIO/MCDONAGH, p. 119.

750 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, p. 42.

751 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, p. 46.

752 BONADIO/MCDONAGH, pp. 119-120 ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, p. 46.

753 SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, p. 73.

cussion autour du caractère productif ou consomptif de l'enregistrement de programmes de télévision à domicile par des privés afin de les visionner en différé. Alors que les considérations de la Cour Suprême pointaient vers un usage productif des programmes, l'un des membres de cette autorité s'est opposé à ce constat en le qualifiant de « purement consomptif »[754].

§ 334 Ainsi, la productivité semble être un critère qui se rattache à la transformativité[755], et peut servir à ce titre de ligne de défense dans le cas d'un usage expressif problématique. Nous avons en effet relevé plus haut que pour être admise comme telle, une œuvre transformative doit revêtir une finalité autre, s'agissant de son exploitation, que celle de l'œuvre originaire[756]. Il s'agit donc de démontrer que l'usage productif d'une œuvre préexistante constitue bien une finalité nouvelle.

§ 335 SOBEL précise que certaines consommations d'œuvres ont parfois un but productif sur le long terme, mais qu'il ne peut en être tenu compte au moment de l'analyse de la violation des droits d'auteur. Selon lui, une réflexion similaire doit s'appliquer s'agissant des données d'entraînement : « *In much the same way, machine learning makes consumptive use of copyrighted material in order to facilitate future productivity* »[757]. Il convient toutefois de relever une tendance actuelle consistant à différencier la manière dont les œuvres générées par intelligence artificielle sont traitées par opposition aux œuvres analogiques ; cette distinction comporte le risque que le traitement des données d'entraînement soit souvent considéré comme un usage transformatif[758], soit un usage productif, ce qui suggérerait une application quasiment systématique du *fair use*[759]. Nous ne partageons pas cet avis de manière aussi tranchée, dans la mesure où ce traitement peut aussi être perçu comme une consommation non autorisée des contenus protégés[760].

§ 336 Les distinctions décrites ci-dessus et qui s'opèrent au moment de l'évaluation du *fair use* nous paraissent pertinentes dans la mesure où elle consti-

754 SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, p. 73 ; *Sony v. Universal*, p. 496.

755 SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, p. 73.

756 Cf. *supra* § 212 ss.

757 SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, p. 26.

758 Position notamment avancée par le *U.S. Copyright Office* (U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, p. 45).

759 SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, p. 26.

760 Nuance également apportée par le *U.S. Copyright Office*, qui explique que si le modèle qui résulte de l'entraînement est utilisé par la suite pour générer des contenus dotés d'un caractère expressif ou pour reproduire des éléments expressifs protégés par le droit d'auteur, l'usage des données à fins d'entraînement ne pourra pas être raisonnablement qualifié de non-expressif (U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, pp. 47-48).

tue un garde-fou supplémentaire – en sus des quatre facteurs à analyser – permettant d'en empêcher une application trop arbitraire. En effet, dès lors que l'usage qui est fait de l'œuvre protégée est de nature expressive, soit qu'il touche à l'essence du contenu, l'application du *fair use* contredit quasiment dans tous les cas l'un de ses critères, et ne pourrait donc être retenu que de manière stricte. Une telle application limitée serait également de rigueur si l'on considérait que les données d'entraînement sont « consommées » à des fins d'entraînement. D'un autre côté, une application restrictive du *fair use* risque de freiner les progrès de la technologie[761], qui est un point que nous discuterons plus tard dans ce travail[762].

ii) Les instruments juridiques européens face à l'IAGen

Sous l'angle du droit européen, respectivement de son application au sein des États concernés, nous avons déjà discuté plus haut des exceptions envisageables en droit suisse et sommes parvenue à la conclusion que le caractère restrictif du système d'exceptions de notre droit d'auteur – tout comme celui des autres cadres législatifs européens abordés dans ce travail – ne permet que difficilement de justifier l'usage des œuvres protégées en tant que données d'entraînement de modèles d'intelligence artificielle[763]. S'agissant du Royaume-Uni, l'exception hybride du *fair dealing*[764] n'offre pas non plus la souplesse nécessaire pour englober cette activité particulière, malgré sa marge de manœuvre un peu plus généreuse[765]. § 337

iii) Solutions alternatives

Face à ces diverses barrières, il apparaît nécessaire de se montrer créatif quant à d'autres traitements envisageables. Plusieurs propositions existent dans la littérature qui s'est penchée sur la question, notamment la possibilité de prévoir une licence légale – soit d'imposer une redevance – relative à l'usage spécifique d'œuvres protégées à des fins d'entraînements de modèles[766]. Ce sont habituellement aux sociétés de gestion collective que l'on confie la charge d'assurer le respect des modalités d'utilisation des œuvres protégées ainsi que § 338

761 SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, p. 35.

762 Cf. *infra* § 408 ss.

763 SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, p. 33 ; cf. *supra* § 298 ss.

764 Cf. *supra* § 91 ss.

765 BONADIO/MCDONAGH, p. 121.

766 SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, p. 87 ss ; SOBEL, *Artificial intelligence's Fair Use Crisis*, p. 43 ss ; STRAKOVÁ, p. 61 ss.

des prérogatives des ayants droit[767] d'une part, et de négocier des redevances appropriées en leur faveur d'autre part[768].

§ 339 Dans le contexte des œuvres utilisées par une IAGen, la gestion individuelle des droits s'avérerait difficile en raison du nombre important d'œuvres et de prestations utilisées. Il serait donc en effet préférable de passer par l'intermédiaire d'une société de gestion collective afin de centraliser les droits et de faciliter l'obtention des licences[769]. À cet égard, deux modèles semblent pertinents ; la gestion collective obligatoire et la licence collective étendue.

§ 340 En Suisse, la mise en œuvre de la première requerrait une modification législative en ce sens qu'il faudrait assujettir à la gestion collective obligatoire l'exercice des droits de reproduction mis en cause par l'*input*. De ce fait, elle désavantagerait les ayants droit qui n'auraient alors plus de droit de véto leur permettant de s'opposer à l'utilisation de leurs œuvres pour entraîner un système d'intelligence artificielle[770]. En effet, les sociétés de gestion ne peuvent refuser d'accorder une licence ou d'exercer le droit d'interdiction que dans le cas où un utilisateur, en l'espèce un service d'intelligence artificielle, ne serait pas disposé à respecter les conditions du tarif et à payer la redevance prévue[771].

§ 341 La licence collective étendue, quant à elle, permet aux sociétés de gestion d'accorder des licences pour certains types d'utilisations d'œuvres et de prestations protégées par la loi, alors même qu'elles ne représentent pas contractuellement les titulaires des droits[772]. L'objectif poursuivi est d'offrir une gestion collective plus souple et de l'étendre à des nouveaux champs d'application où la gestion individuelle des droits rencontre des difficultés pratiques[773]. La licence collective étendue est prévue en droit suisse à l'art. 43*a* LDA[774], qui en soumet toutefois l'octroi à plusieurs conditions. Premièrement, aux termes de l'art. 43*a* al. 1 LDA, l'usage de la licence doit porter sur un « grand nombre d'œuvres divulguées ou de prestations protégées »[775] ; cette exigence ne pose pas de problème dans le contexte de l'entraînement des modèles d'intelligence

767 UNIVERSITÉ DE GENÈVE, Page d'informations sur les données de recherche, le droit d'auteur et les licences.

768 INSTITUT FÉDÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, Page d'informations sur les sociétés de gestion.

769 SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, p. 90.

770 SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, p. 90.

771 BARRELET/EGLOFF, art. 44 N 4.

772 BARRELET/EGLOFF, art. 43*a* N 1 ; SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, p. 90.

773 BARRELET/EGLOFF, art. 43*a* N 1.

774 Depuis la révision de la LDA en 2019.

775 BARRELET/EGLOFF, art. 43*a* N 8.

artificielle, puisque comme nous l'avons vu, ce processus implique une reproduction massive de contenus protégés préexistants[776]. Deuxièmement, la société de gestion ne doit pas être soumise au régime de l'autorisation visé à l'art. 41 LDA pour la gestion des droits concernés. Ainsi, la reproduction de textes, d'images, de films, de vidéos et d'œuvres musicales non théâtrales semble échapper à la surveillance de la Confédération et pourrait donc faire l'objet d'une licence collective étendue lorsque cette activité sert à l'entraînement de systèmes d'intelligence artificielle[777]. En outre, selon l'art. 43*a* al. 1 let. a LDA, l'utilisation sous licence ne doit pas compromettre l'exploitation normale[778] des œuvres ou des prestations protégées. En effet, les licences collectives étendues ne doivent pas faire concurrence à l'exploitation individuelle des droits. Comme l'explique SALVADÉ, « [d]ans le cas qui nous intéresse, une compromission de l'exploitation normale des œuvres et des prestations impliquerait donc qu'il existe un marché entre les ayants droit et les services d'IA : ces derniers auraient dû se développer sur la base de licences accordées par les ayants droit individuellement ou par les sociétés de gestion collective mandatées par les ayants droit sur une base volontaire. Or, à ce jour, de telles licences sont loin d'être la règle »[779]. En effet, la plupart du temps, les ayants droit de taille moyenne ignorent si leurs œuvres ou prestations sont utilisées à des fins d'entraînement de systèmes d'intelligence artificielle. Cependant, selon ce même auteur, s'il est vrai que « la génération de contenus artistiques par une IA représentera souvent une concurrence pour les auteurs/trices et une menace pour leurs intérêts économiques », la menace ne vient pas d'une « perte d'opportunités commerciales due au fait que la licence collective étendue rendrait sans objet l'octroi de licences individuelles pour l'entraînement de l'IA ». En effet, la cause serait plutôt la commercialisation simultanée de contenus générés par l'IA et d'œuvres créées par des personnes

776 SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, p. 90.

777 SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, p. 91.

778 Cf. *supra* § 126.

779 SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, p. 91 ; il est intéressant de relever que dans son dernier rapport traitant de l'entraînement des systèmes d'IAGen, le *U.S. Copyright Office* relève justement une tendance contraire, soulignant le fait que les licences volontaires concédées pour l'usage d'œuvres protégées par le droit d'auteur à des fins d'entraînement de systèmes d'intelligence artificielle se sont multipliées depuis fin 2023 (U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, p. 85). En outre, le *U.S. Copyright Office* précise que, malgré certaines difficultés pratiques, les licences volontaires semblent être plutôt efficaces selon les contextes – notamment en présence de contenus de valeur pouvant faire l'objet d'une licence en volumes relativement importants ou lorsque les titulaires des droits d'auteur sont peu nombreux (p. 103). À l'inverse, le *U.S. Copyright Office* considère les systèmes de licences obligatoires comme désavantageux à plusieurs titres (p. 104).

physiques[780]. Par ailleurs, l'art. 43*a* al. 4 LDA offrent aux ayants droit une possibilité d'*« opt-out »* leur permettant d'exclure leurs droits d'une licence déterminée[781]. Ainsi, la condition de la non compromission de l'exploitation normale des œuvres et prestations paraît également remplie[782].

§ 342 Finalement, l'art. 43*a* al. 1 let. b LDA exige que « la société [de gestion] représente un nombre significatif de titulaires de droits dans le domaine d'application de la licence ». Il est établi que les sociétés de gestion collectives suisses comportent des milliers de membres et ont conclu de très nombreux contrats de représentation réciproque avec des sociétés étrangères. En outre, ProLitteris, la Société Suisse des Auteurs (SSA) et la Société suisse pour les droits des auteurs d'œuvres musicales (SUISA) assurent la gestion du droit de reproduction, qui est directement visé par le processus d'entraînement des systèmes d'intelligence artificielle[783].

§ 343 Dans le cas où toutes les conditions d'application de la licence collective étendue seraient considérées comme remplies, ce mode de gestion des droits d'auteur constituerait un bon moyen d'assurer une redevance équitable aux ayants droit (à laquelle tout auteur à droit aux termes de l'art. 10 LDA[784]) et de préserver la nature exclusive du droit d'auteur[785].

§ 344 Pour ce qui est du sort de l'œuvre générée par intelligence artificielle, certains auteurs sont d'avis que dès lors qu'elle n'est pas directement rattachée à un auteur humain, nul ne pourrait revendiquer des droits à son égard ; elle appartiendrait alors automatiquement au domaine public[786]. Cette hypothèse est déjà théoriquement en vigueur, puisque l'*output* n'est pas, à tout le moins selon la législation suisse actuelle, explicitement protégé par le droit d'auteur. Elle présente toutefois le risque de décourager l'utilisation de l'intelligence artificielle à des fins artistiques et donc de freiner les investissements dans son développement, puisqu'en fin de compte le résultat généré ne pourrait pas bénéficier d'une protection par le droit d'auteur. Il serait néanmoins possible de nuancer cet argumentaire en précisant que l'attribution des droits d'auteur ne saurait être le seul motif d'investissement dans une plateforme d'intelligence artificielle[787].

780 SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, pp. 91–92.

781 BARRELET/EGLOFF, art. 43*a* N 15 et 16.

782 SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, p. 92.

783 SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, p. 92.

784 BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 1.

785 SALVADÉ, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes*, p. 92.

786 BONADIO/MCDONAGH, p. 122.

787 BONADIO/MCDONAGH, p. 122.

BENHAMOU et ANDRIJEVIC se sont penchés sur la question des licences proposées par les systèmes d'IAGen quant à l'usage de l'*output* généré par IAGen et ont principalement constaté qu'un abonnement payant offre systématiquement à l'utilisateur un usage commercial, alors qu'une utilisation non-commerciale de l'image n'est possible que si l'utilisateur se sert de l'outil d'IAGen de manière gratuite[788]. Il en découle que certains sites comme DALL-E 2, *Midjourney* ou *Stable Diffusion* considèrent en effet que les images créées grâce à leur système sont protégées par le droit d'auteur[789], malgré les conclusions récentes du *U.S. Copyright Office* qui attestent du contraire[790]. § 345

En sus de l'appartenance automatique au domaine public et de la possibilité de prévoir une licence légale, il existe encore une troisième option, qui nous intéresse davantage, consistant à intégrer dans la législation sur le droit d'auteur suisse un droit *sui generis* qui se rapporterait spécifiquement à l'œuvre générée par intelligence artificielle. Bien qu'il comporte *a priori* le désavantage de « [dévaloriser] l'ingénuité intellectuelle humaine et de [marginaliser le] potentiel créatif humain »[791], un droit *sui generis* permettrait en revanche d'inciter à l'usage et au développement des plateformes d'intelligence artificielle. Un équilibre entre ces deux derniers aspects pourrait toutefois être atteint en prévoyant des exigences prédéfinies, notamment que ce droit serait limité dans le temps et dans son application, le but étant de « valoriser dans une juste mesure l'apport et l'initiative de [la personne physique] lorsqu'elle utilise de l'IA pour générer des œuvres, tout en préservant les protections traditionnelles réservées aux créateurs humains »[792]. En outre, il serait par exemple envisageable de coupler la mise en œuvre du droit *sui generis* à une exigence de respect des critères de *fair use* ou de *fair dealing* régissant les processus de création algorithmique[793], soit de s'assurer, entre autres, que l'*output* protégé par le droit *sui generis* ne reproduise pas dans un but commercial une création préexistante couverte par les droits exclusifs traditionnels. En somme, un droit *sui generis* aurait pour avantage d'offrir un champ de protection clairement délimité (essentiellement contre les copies littérales) aux personnes devenues titulaires des droits d'auteur sur l'œuvre générée par § 346

788 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 73.

789 BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 71.

790 U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, *« A Recent Entrance to Paradise »*, *« Théâtre d'Opéra Spatial »* ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *« Zarya of the Dawn »* ; cf. *supra* §320 ss.

791 BONADIO/MCDONAGH, p. 123.

792 HARDMAN/HOUSEL, p. 10.

793 Cf. *infra* § 418 ss.

IAGen[794], et la prise en compte des facteurs du *fair use* ou de *fair dealing* permettrait d'éviter une application trop systématique de ce droit.

§ 347 Outre la mise en œuvre d'une telle disposition, il convient ensuite de déterminer qui en serait le bénéficiaire. En avance sur la question en comparaison à d'autres pays européens, l'Ukraine a modifié sa loi sur le droit d'auteur en janvier 2023 en y intégrant un droit *sui generis* sur l'œuvre générée par intelligence artificielle dépourvue de caractère individuel, puisqu'aucun être humain n'a participé à sa création *stricto sensu*[795]. La teneur de la disposition est la suivante :

« Article 33. Sui generis right to non-original objects generated by a computer program

1. *A non-original object generated by a computer program is an object that differs from existing similar objects and is formed as a result of the functioning of a computer program without the direct participation of an individual in the formation of this object. Works created by individuals using computer technologies are not considered non-original objects generated by a computer program.*
2. *Holders of sui generis rights to non-original objects generated by a computer program may be persons who, subject to the requirement stipulated in part seven of this Article, own the economic rights or have licensing powers to the computer program envisaged by part one of this Article – authors of such computer program, their heirs, persons to whom the authors or their heirs have transferred(alienated) economic rights to the computer program or lawful users of the computer program. The agreement may determine conditions for the ownership of sui generis rights to non-original objects generated by the respective computer programs.*
3. *No personal non-property rights arise as a result of the creation of a non-original object generated by a computer program.*
4. *The scope of property rights of a sui generis holder to a non-original object generated by a computer program shall be determined in accordance with Article 12 of this Law.*
5. *The right of a special kind (sui generis) to a non-original object generated by a computer program arises as a result of the fact of generation of this object and begins to operate from the moment of its generation.*
6. *The term of validity of the sui generis right to a non-original object generated by a computer program shall expire in 25 years, calculated from January 1 of the year following the year in which the non-original object was generated.*
7. *If a non-original object generated by a computer program is the result of the use*

794 BONADIO/MCDONAGH, p. 123.

795 WOLF THEISS, *Ukraine updates its Copyright Regulation based on principles of EU law*.

of copyright and/or related rights objects, the respective holder shall enjoy a sui generis right to such non-original object, provided that it observes the rights of the copyright or related rights holder(s) whose work(s) or related rights object(s) were used in the process of generating such non-original object. If a non-original object generated by a computer program is the result of the use of another protected non-original object generated by a computer program, the respective holder shall enjoy the sui generis right to this object, provided that it observes the rights of the entity (entities) to the nonoriginal object generated by the computer program whose non-original object was used in the process of generating the new non-original object.

8. *The holder of the sui generis right to a non-original object generated by a computer program shall have the exclusive right to grant other persons permission to use this object by any means on the basis of a contract during the term of validity of the sui generis right. Permission to use a non-original object generated by a computer program shall be granted in accordance with the procedure provided for in Article 50 of this Law.*
9. *The sui generis right to an object generated by a computer program may be alienated in favor of another person in accordance with the procedure provided for in Article 49 of this Law.*
10. *The free use of a non-original object generated by a computer program shall be allowed in accordance with the procedure stipulated by Articles 22–28 of this Law.*
11. *The infringement of a sui generis right to a non-original object generated by a computer program, which gives grounds for protection of such rights, including in court, shall be recognized as actions envisaged by Article 55 of this Law, taking into account the peculiarities established by this Article.* »[796]

Ainsi, les droits patrimoniaux peuvent être exercés par le titulaire des droits sur le programme informatique, à savoir l'auteur du programme, ses héritiers ou les personnes à qui les droits sont transférés. Par ailleurs, la disposition ne prévoit pas de condition d'originalité (« *non-original object* ») quant à l'*output*, dans la mesure où il n'y a pas d'intervention humaine directe et que, dès lors, le résultat ne reflète pas directement l'expression de la pensée de l'auteur[797]. Cela s'explique par le fait qu'au cours de l'élaboration du droit *sui generis*, les autorités ukrainiennes compétentes en la matière ont suivi l'approche dite de la protection de l'investissement, par opposition à un critère de proximité. Ce dernier supposerait donc un lien étroit entre le bénéficiaire du droit *sui generis* et l'œuvre issue de l'intelligence artificielle, soit par exemple le codeur du § 348

796 OPRYSK, p. 1.

797 MAIDANYK, p. 151.

programme, la personne qui sélectionne les données d'entraînement ou encore celle qui les entraîne[798] (c'est-à-dire les différents rôles que nous avons englobés plus haut sous la dénomination « programmeur »). Selon l'approche valorisant la protection de l'investissement, c'est la personne physique ou morale ayant investi dans le projet de la plateforme d'intelligence artificielle qui devrait être bénéficiaire du droit *sui generis*[799]. Comme le prévoit désormais la disposition ukrainienne, il apparaît que l'investissement justifie la naissance de droits exclusifs. Ceux-ci peuvent donc revenir à l'auteur du programme lui-même comme à d'autres personnes selon les circonstances.

§ 349 Ce développement législatif n'est toutefois pas le premier de son genre : nous avons vu auparavant que le droit anglais avait déjà une disposition portant sur les œuvres générées par des programmes d'ordinateur prévoyant que la notion d'auteur est étendue aux personnes ayant accompli les « arrangements nécessaires » à la production de l'œuvre (l'art. 9 § 3 CDPA)[800]. Selon nous, c'est davantage le critère de proximité qui a été mis en œuvre dans ce cas.

§ 350 Quoiqu'il en soit, comme le résument HARDMAN et HOUSEL, *« the sui generis approach proposed here emerges as a beacon of adaptability. It acknowledges AI as a dynamic co-creator while upholding the rights and intentions of human participants. By fostering a balanced ecosystem, this approach empowers creators to leverage AI's capabilities, while ensuring that the outputs remain true to their vision »*[801].

§ 351 Aux fins de notre recherche, cette possibilité nous semble prometteuse au regard de l'*output* dans l'hypothèse où l'on peut lui reconnaître la qualité d'œuvre dérivée ; nous reviendrons sur ce point plus tard[802].

d. Synthèse

§ 352 À travers ce sous-chapitre consacré aux enjeux de droits d'auteur en lien avec le fonctionnement de l'intelligence artificielle, nous avons mis en évidence plusieurs éléments. Tout d'abord, il est à présent établi, à la lumière du droit en vigueur et d'exemples d'actualités, que parmi les exceptions légales prévues par la LDA, seule l'exception de la reproduction à des fins de recherches scientifiques (art. 24*d* LDA) pourrait couvrir l'utilisation des données d'entraînement (*input*) aux fins de formation des modèles d'intelligence artificielle

798 BONADIO/MCDONAGH, p. 124.

799 BONADIO/MCDONAGH, p. 124 ; MAIDANYK, p. 151.

800 Cf. *supra* § 321.

801 HARDMAN/HOUSEL, p. 10 ss.

802 Cf. *infra* § 425.

générative, à condition que la finalité de recherche scientifique puisse être démontrée[803].

Pour ce qui est du résultat généré en fin de processus créatif (*output*), en opérant une transposition des conditions de protection d'une œuvre au sens de la LDA, nous sommes parvenue à la conclusion qu'il pouvait potentiellement constituer une œuvre, en particulier dérivée. Cependant, il faut encore pouvoir le rattacher à une personne physique qui revêtirait la qualité d'auteur. À cet égard, nous avons analysé le rapport entre les différents protagonistes concernés et l'œuvre générée par intelligence artificielle, notamment en appliquant la théorie du lien de création causal. Finalement, il a été souligné que parmi ces acteurs, l'utilisateur joue un rôle déterminant et pourrait, dans certaines circonstances, se voir attribuer la paternité de l'*output*[804]. Face aux problèmes précédemment soulevés, les divers instruments juridiques existants ou envisageables permettant de les résoudre ont ensuite été exposés. Nous nous sommes en particulier penchée sur l'application du *fair use* et des licences légales, ainsi que sur l'élaboration d'un droit *sui generis*, en faveur duquel nous nous sommes prononcée[805]. § 353

Un tour d'horizon exhaustif des enjeux posés par le droit d'auteur à l'aune du Web 3.0 nécessite également d'aborder le sujet du *« Metaverse »*. En effet, cet univers numérique implique lui aussi l'existence de certains procédés créatifs qui méritent d'être mis en lien avec notre problématique ; cette réflexion fait l'objet du sous-chapitre suivant. § 354

3. « Metaverse »

a. Définition

De la même manière que l'intelligence artificielle cherche à imiter les capacités cérébrales humaines, le *Metaverse* permet d'aller encore plus loin en donnant accès à une reproduction virtuelle de notre société entière, dont l'intelligence artificielle constitue elle-même un outil. Contraction des termes « méta » et « univers », le *Metaverse* peut en effet être défini comme un monde virtuel[806] tridimensionnel et immersif dans lequel les internautes peuvent interagir et s'adonner à diverses activités au moyen d'un avatar[807]. Bien que le *Metaverse* soit actuellement associé au Web 3.0, le concept de réalité virtuelle § 355

803 Cf. *supra* § 300.

804 Cf. *supra* § 325 ss.

805 Cf. *supra* § 338 ss.

806 ANTREASYAN, p. 6 ss.

807 AGARWAL/TANDON/SHARMA/MISHRA ; ANTREASYAN, p. 7 ; HAAS/RODIEUX, p. 329 ; LA SPADA, p. 363.

existe déjà depuis le début des années 2000, en particulier dans des jeux d'ordinateur tels que *Les Sims* ou *Second Life*[808]. Les avancées technologiques ont toutefois permis un développement considérable des caractéristiques du *Metaverse*, à savoir l'adaptabilité (la capacité à être utilisé ou produit de diverses manières), l'interopérabilité (la capacité à échanger et utiliser des informations), la persistance (l'existence continue et indépendante de l'utilisateur)[809] et l'expérience immersive, notamment au moyen de la réalité augmentée et de la réalité virtuelle[810]. Selon MEZEI et ARORA, le *Metaverse* pourrait également être décrit comme un « espace virtuel horizontal et collaboratif », en ce sens qu'il « fusionne les progrès des technologies *« software »* et *« hardware »* (en particulier les réseaux à haut débit, la *« blockchain »* / Web [3.0], l'intelligence artificielle et la réalité augmentée), la plateformisation [*« plaformization »*], la transformation en données [*« datafication »*[811]] et les changements sociaux »[812]. En outre, FOERG souligne que le terme *« Metaverse »* ne devrait pas être envisagé comme un monde virtuel unique ; il existe en réalité une pluralité de mondes virtuels[813], qui ne sont par ailleurs pas nécessairement interconnectés[814].

§ 356 Le *Metaverse* est lié à la technologie *« blockchain »*, qui est « un type de structure de données permettant de stocker et de transmettre ces dernières par 'paquets' appelés *blocks*, qui sont connectés les uns aux autres dans une chaîne digitale. Lesdites *blockchains* fonctionnent au moyen de méthodes cryptographique et algorithmique afin d'enregistrer et de synchroniser des données à travers un réseau, et ce de façon immuable »[815] ; « chaque inscription ou '*block*' sur la *blockchain*, qui représente un actif, est appelé un 'jeton' [*« token »*] »[816]. Ainsi, le *Metaverse* se caractérise également par une décentralisation totale[817], telle que le Web 3.0 la permet[818].

808 FOERG, p. 1.

809 ANTREASYAN, p. 7.

810 FOERG, p. 1 ; MCDONALD, p. 2.

811 « [T]hat is, the importance of the generation, collection analysis and use of data on the blossoming of ever better Metaverse experiences » (MEZEI/ARORA, p. 4).

812 MEZEI/ARORA, p. 2.

813 ANTREASYAN se réfère aux « mondes virtuels » tout au long de sa thèse et précise que le *Metaverse* tel que nous l'abordons dans notre étude en est une catégorie parmi d'autres (pp. 13-14).

814 FOERG, p. 1.

815 THE WORLD BANK GROUP, p. IV.

816 ÖZTÜRK, p. 7.

817 MEZEI/ARORA, p. 2.

818 Cf. *supra* § 291.

b. Les enjeux en lien avec le droit d'auteur

Dans la mesure où, comme nous l'avons exposé, le *Metaverse* est une version digitale de la vie réelle en société, nous pouvons considérer que les obstacles que nous rencontrons au quotidien sont également reproduits au sein de ce monde virtuel[819] ; cela signifie que la propriété intellectuelle et les conflits qui peuvent en naître y existent également. Dans le domaine du droit des marques, le *Metaverse* est notamment devenu un nouvel outil de publicité pour certaines grandes enseignes, leur permettant d'offrir une expérience immersive à leurs clients. À titre d'exemple, *Gucci* a ouvert une galerie virtuelle interactive inspirée de ses campagnes publicitaires sur la plateforme de jeux *Roblox*[820] ; *Balenciaga* a quant à elle développé une collaboration avec l'éditeur *Fortnite*[821], les personnages du jeu pouvant revêtir des pièces digitales de la marque[822]. § 357

En matière de droit d'auteur dans le *Metaverse*, plusieurs éléments peuvent revêtir la qualité d'œuvres au sens de l'art. 2 al. 1 LDA. Il s'agit d'une part du monde virtuel lui-même, à savoir le logiciel qui en est à l'origine et sa mise en œuvre, protégés par l'art. 2 al. 3 LDA[823]. D'autre part, de nombreuses créations existent au sein même du *Metaverse* ; il convient de distinguer celles dont on peut tracer l'origine dans le monde virtuel (ce que nous qualifions d'œuvres *digitales* ou *numériques*) de celles qui proviennent du « monde réel »[824] (œuvres *digitalisées* ou *numérisées*). Les premières sont des œuvres créées directement dans le *Metaverse*, soit par exemple les bâtiments et les marchés virtuels ou les avatars. Les secondes sont généralement des copies digitales d'œuvres analogues. L'ensemble de ces œuvres sont qualifiées d'interfaces graphiques (« *graphical user interfaces* ») et constituent des créations artistiques[825] qui peuvent être protégées à titre d'œuvres multimédia, à condition que le critère de l'individualité soit rempli[826]. § 358

Il convient d'opérer ici une autre distinction entre les mondes virtuels dits « ouverts » et « fermés ». Dans le second cas, les internautes se voient limités dans leur liberté d'action et de création. En particulier, un monde virtuel « fermé » – soit une plateforme centralisée[827] – ne permet pas d'importer des § 359

819 FOERG, p. 1.
820 *Gucci Garden on Roblox*.
821 *Balenciaga débarque sur Fortnite*.
822 LA SPADA, pp. 363-364.
823 ANTREASYAN, p. 242.
824 HAAS/RODIEUX, p. 330.
825 HAAS/RODIEUX, p. 331.
826 ANTREASYAN, p. 242.
827 PALMER, *Copyright in the Metaverse*.

objets (virtuels) et ne leur offre tout au plus qu'une liberté de transformation. En conséquence, le risque qu'un internaute porte atteinte à un contenu protégé par le droit d'auteur est largement atténué[828]. Les opérations de créations d'œuvres telles que décrites au paragraphe précédent sont toutefois caractéristiques des mondes virtuels « ouverts », dont fait partie le *Metaverse*[829], qui permet donc aux internautes de générer eux-mêmes du contenu et de devenir titulaires des droits qui en découlent[830]. En référence aux UGCs abordés plus haut[831], certains auteurs analysent spécifiquement l'existence de ces *user-generated worlds* pour souligner le rôle déterminant des « utilisateurs-créateurs » dans le développement du *Metaverse* et les questions que leur influence peut soulever sur le plan légal[832], en particulier quant à la titularité des droits[833].

§ 360 Les créations artistiques contenues dans le *Metaverse* revêtent souvent la forme de *tokens* constituant la *blockchain*, plus précisément de « *Non Fungible Tokens* ». Ce format unique en son genre, ainsi que les caractéristiques du *Metaverse* décrites plus haut tendent à montrer que celui-ci « (...) est vraisemblablement susceptible d'offrir une marge de manœuvre considérable pour créer des œuvres protégeables par le droit d'auteur, [et ce] sans être entravé par les lois de la physique du monde réel »[834], ce qui n'exclut pas des violations potentielles des droits d'auteur existants, comme nous allons le voir ci-après.

c. Les « Non Fungible Tokens » (NFTs)

i) Définition et fonctionnement technique

§ 361 Avant de nous attarder sur les questions qui nous intéressent, une introduction technique semble être de rigueur. Un *token* est « une unité de valeur numérique programmable qui est enregistrée sur la *blockchain* »[835] et qui peut représenter toutes sortes de contenus. Pour être inscrit sur la *blockchain*, le *token* doit être émis par un « contrat intelligent » (« *smart contract* »[836]) conte-

828 ANTREASYAN, p. 13.

829 ANTREASYAN, p. 14.

830 HAAS/RODIEUX, p. 331.

831 Cf. *supra* § 285 ss.

832 DOUGHERTY/LASTOWKA. p. 22.

833 PALMER, *Copyright in the Metaverse*.

834 PALMER, *Copyright in the Metaverse*.

835 GUADAMUZ, p. 3.

836 Les *smart contracts*, « dans le contexte de la [« Distributed *Ledger Technology* »], sont des programmes écrits sur le registre distribué sous-jacent et exécutés automatiquement par les nœuds du réseau » (THE WORLD BANK GROUP, p. 29). Les nœuds sont les participants du réseau (THE WORLD BANK GROUP, p. IV).

nu dans un registre distribué (« *distributed ledger* »[837]), dont il représente une entrée ; il se transmet ensuite selon les inscriptions dans ledit registre, au fil des transactions[838]. Comme évoqué plus haut, le registre distribué est décentralisé et vérifiable par tous les utilisateurs. En particulier, les NFTs utilisent principalement la *blockchain Ethereum* ainsi que la norme ERC-721[839] mais, en raison de leur expansion, « de plus en plus d'écosystèmes proposent d'utiliser leur infrastructure pour générer des NFTs »[840]. Cette standardisation permet de créer des *tokens* plus rapidement, à moindre coût, et constitue désormais un prérequis nécessaire à leur commercialisation[841].

§ 362 Un *token* peut être fongible – soit échangé pour un autre *token* du même genre, comme c'est le cas pour le « *bitcoin* » – ou non fongible. Les NFTs sont les meilleurs exemples de la seconde catégorie : chaque NFT représente un actif – on parle à cet égard de cryptoactif[842] – faisant l'objet d'une unique inscription[843] et qui n'a aucun équivalent de la même nature, ce qui rend le NFT unique également[844]. Les NFTs permettent ainsi « d'obtenir de la rareté et de l'unicité dans un monde digital »[845] et de garantir la propriété et l'authenticité des biens (physiques ou digitaux) auxquels ils sont associés[846], qui peuvent par ailleurs être multiples[847] ; il peut s'agir de photographies, d'œuvres d'art digitales, de fichiers audiovisuels ou musicaux ou encore d'accessoires pour avatars. En particulier, un NFT peut être rattaché à l'image digitale d'un objet existant dans le monde physique[848].

§ 363 Pour déterminer les droits dont peut se prévaloir le détenteur d'un jeton, il convient de distinguer d'une part le contenu technique d'un NFT (métadonnées), qui « éclaire sur les fonctions qui sont intégrées au jeton, et les utilisa-

837 La « Distributed *Ledger Technology* » (ci-après : DLT) est « une approche innovante et en rapide évolution de l'enregistrement et du partage des données entre plusieurs réserves de données (ou registres). Cette technologie permet d'enregistrer, de partager et de synchroniser des transactions et des données sur un réseau distribué de différents participants » (THE WORLD BANK GROUP, p. IV). La *blockchain* est la forme d'application la plus populaire de DLT (ÖZTÜRK, p. 7.).

838 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 124.

839 AREF/FÁBIÁN/WEBER, p. 387 ; GUADAMUZ, p. 3 ; MERHAI/PASQUIER, p. 54.

840 MERHAI/PASQUIER, p. 54.

841 KUHN, p. 36 N 4.

842 BASTIAN, p. 14 N 7.

843 MURRAY, pp. 3-4.

844 MURRAY, p. 3.

845 JOLLER/PASQUIER/KRAUS, p. 57.

846 BASTIAN, p. 14 N 6.

847 ALBERINI/CHUFFART-FINSTERWALD, p. 62.

848 LA SPADA, p. 363.

tions possibles de celui-ci »[849], et d'autre part le contenu qui est attribué sur le plan juridique – dans le cas qui nous intéresse, sous l'angle du droit d'auteur. S'agissant du contenu technique, DUCOMMUN et KLECZEWSKI expliquent que « [même si] le NFT est visible de tous sur le registre distribué dont il représente une entrée [, c'est en] explorant les métadonnées rattachées à celui-ci qu'il est possible de découvrir son contenu concret »[850]. Ces données contiennent le nom ou le pseudonyme de l'auteur ainsi que le lien vers l'œuvre originale ; ainsi, selon le processus que nous examinerons plus bas[851], le fait d'incorporer l'œuvre numérique dans un NFT permet en principe de consigner et de dater ces indications avec certitude[852].

§ 364 Il convient de préciser que « ces métadonnées se situent généralement en dehors du registre distribué (...) »[853]. À cet égard, il faut également établir une distinction entre les NFTs *« on-chain »* et *« off-chain »*. Le premier cas signifie que les données relatives au fichier sont enregistrées directement sur la *blockchain* ; le fichier et les métadonnées sont donc constamment liés au NFT. Cependant, dans la mesure où les *blockchains* disposent d'une faible capacité de stockage et que les coûts de transactions engendrés peuvent être élevés, ce sont les NFTs *off-chain* qui sont le plus utilisés. Dans ce second cas, la *blockchain* contient uniquement un renvoi vers un fichier de métadonnées – qui se trouve donc en dehors de la *« chain »*[854] – contenant certaines informations sur le contenu rattaché au NFT, parmi lesquelles un lien renvoyant à son tour à une page Internet qui permet ensuite d'accéder à ce contenu (une œuvre digitale par exemple). La méthode *off-chain* présente toutefois l'inconvénient d'effacer le fichier lié au NFT de la base de données auquel il est renvoyé[855].

ii) Les enjeux en lien avec le droit d'auteur

§ 365 Nous venons de le voir, un NFT peut être associé à une création artistique ou littéraire au sens de la loi sur le droit d'auteur qui pourrait bénéficier d'une protection à ce titre. Il en existe principalement trois catégories : les NFTs qui représentent une œuvre née dans l'univers numérique, ceux auxquels est rattachée une reproduction digitale d'une œuvre analogue déjà existante et les NFTs dont le contenu sous-jacent est une œuvre analogue originale ou des

849 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 125.
850 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 125.
851 Cf. *infra* § 369 ss.
852 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 134.
853 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 125.
854 KERRIGAN, N 21-009.
855 JOLLER/PASQUIER/KRAUS, p. 57.

éléments de celle-ci[856]. Il convient de préciser ici que nous faisons allusion au cas où ce n'est pas le NFT qui est qualifié d'œuvre, mais bien le contenu qui y est associé[857] – même si les développeurs ont tendance à utiliser le terme « NFT » pour se référer de manière indifférente à la fois au jeton et à l'actif qu'il représente, en particulier lorsqu'il s'agit d'une œuvre digitale[858] (soit appartenant à la première catégorie de NFTs), ce qui peut créer une certaine confusion.

La question de la qualification d'œuvre au sens de l'art. 2 al. 1 LDA à l'égard d'un NFT a toutefois déjà fait l'objet de discussions. Pour certains auteurs, un jeton est « un simple code généré aléatoirement par un programme informatique [et] ne peut dès lors pas être considéré comme une œuvre au sens de l'art. 2 al. 1 LDA »[859], à défaut de constituer une expression de la pensée humaine[860]. D'autres n'excluent pas complètement la possibilité que les NFTs soient acceptés comme des œuvres d'art, pour autant que les critères de la loi sur le droit d'auteur soient remplis[861] ; nous ne sommes toutefois pas convaincue par cette dernière théorie et privilégions plutôt la première. § 366

S'agissant de la première catégorie de NFTs, c'est le processus de création de l'œuvre numérique rattachée au NFT qui nous intéresse tout particulièrement. Celle-ci se définit comme une création de l'esprit enregistrée sur un support numérique (ce que nous avons qualifié au début de notre étude d'œuvre *digitale* ou *numérique*[862]). Sa protection est toutefois assurée par le droit d'auteur[863], dans la mesure où celui-ci ne porte pas sur le support matériel de l'œuvre, mais uniquement sur la création immatérielle[864]. Selon DUCOMMUN et KLECZEWSKI, le droit d'auteur protège aussi bien l'œuvre numérique auquel le NFT est associé que le jeton lui-même ; cela s'expliquerait par le fait qu'en tant que contenant numérique, le NFT doit logiquement suivre le même régime de protection que l'œuvre[865]. § 367

À cet égard, il est intéressant de relever que la littérature en la matière semble se référer à l'œuvre numérique en tant qu'œuvre originale. Toutefois, KAULARTZ et SCHMID explique qu'« alors que l'œuvre d'art créée [dans le monde § 368

856 ÖZTÜRK, pp. 14-15.
857 MURRAY, p. 3.
858 ÖZTÜRK, p 8.
859 JOLLER/PASQUIER/KRAUS, p. 59.
860 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 8.
861 MERHAI/PASQUIER, p. 58.
862 Cf. *supra* § 257 ss.
863 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 132 et 133.
864 Cf. *supra* § 26.
865 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, pp. 134-135.

physique] est unique, qu'il existe donc un original et que les copies éventuelles peuvent être distinguées à tout moment de l'original, les créations numériques sont en général librement copiables et les copies sont identiques à l'original. Il en résulte que les données informatiques n'ont pas encore d'équivalent à l'original physique dans le sens d'un 'original numérique' »[866]. Dans l'hypothèse où l'on admettrait que le NFT constitue lui-même une œuvre, MERHAI et PASQUIER précisent en outre qu'« en présence d'un NFT 'original' et de sa copie numérique, il conviendra de faire un choix esthétique sur la qualité de l'œuvre en tant que copie ou en tant qu'œuvre artistique à part entière »[867].

§ 369 Concernant la reproduction d'œuvres déjà existantes, soit la seconde catégorie de *NFTs*, la reproduction en format digital ne fait pas exception aux prérogatives réservées à l'auteur au sens de l'art. 10 al. 2 let. a LDA. Toutefois, la question de savoir quels aspects de la création d'un *NFT* représentant l'œuvre analogue ainsi reproduite sont réservés à l'auteur ou à ses ayants droit doit être posée. Concrètement, un NFT contient, conformément à ce qui a déjà été évoqué, « un lien vers un fichier de métadonnées, enregistré dans le réseau pair à pair de partage [« *InterPlanetary File System* » (ci-après : IPFS)], qui comprend le titre et une description de l'œuvre, ainsi qu'un lien vers un autre fichier, également enregistré dans le réseau IPFS, contenant l'œuvre elle-même »[868]. Le processus décrit correspond à la création du NFT, appelée « *minting* » (en français « frappe » ou « frapper »)[869]. En d'autres termes, la première étape consiste à générer un fichier sur le réseau IPFS qui contient l'œuvre elle-même. Ensuite, l'émetteur du jeton génère un autre fichier sur ce même réseau qui contient cette fois des métadonnées, y compris un lien menant au premier fichier. Finalement, la dernière étape consiste à générer un jeton à partir du *smart contract* déployé sur la *blockchain*, qui contient un lien menant au fichier de métadonnées[870].

§ 370 Ainsi, il convient de s'interroger sur la nature du processus de *minting*, à savoir si cela implique une reproduction, respectivement une mise à disposition de l'œuvre sous-jacente. Concernant les NFTs *on-chain*, l'opération d'enregistrement de l'œuvre sur le réseau IPFS constitue aussi bien une reproduction au sens de l'art. 10 al. 1 let. a LDA – puisqu'un nouveau fichier est créé – qu'une mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 let. c LDA – étant donné que

866 KAULARTZ/SCHMID, p. 298.

867 MERHAI/PASQUIER, p. 58.

868 LA SPADA, p. 365.

869 JOLLER/PASQUIER/KRAUS, p. 57 ; MEZEI/ARORA, p. 7.

870 AREF/FÁBIÁN/WEBER, p. 396 ; HAAS/RODIEUX, pp. 331-332.

la *blockchain* utilisée permet à toute personne intéressée de consulter les fichiers qui y sont enregistrés[871]. Ainsi, une œuvre existante peut être exploitée d'une part sous sa forme physique dans le monde analogue, et d'autre part au travers de sa reproduction digitale, qui, de par son association à un NFT, devient unique[872].

S'agissant des NFTs *off-chain*, comme ces dernières ne sont pas enregis- § 371
trées sur la *blockchain*, aucune copie de l'œuvre n'est créée au moment du *minting* ; comme il ne s'agit que d'un renvoi à une adresse URL, le droit de reproduction n'est donc pas atteint[873]. Pour ce qui est de la mise à disposition, le fait d'insérer dans le NFT un lien hypertexte menant à un site tiers qui contient une œuvre protégée, soit déjà enregistrée sur le réseau IPFS, ne constitue pas une utilisation réservée aux ayants droit et ne comporte donc pas un risque de violation du droit d'auteur[874]. Dans ce dernier cas, soit « un NFT *off-chain* qui se limite à renvoyer à un NFT déjà chargée dans une base de données », la clause générale de l'art. 10 al. 1 LDA trouverait à s'appliquer, dans la mesure où la formulation de cette disposition permet d'inclure de nouvelles utilisations découlant de l'évolution des technologies et que la création d'un NFT vise sans aucun doute un but économique[875]. Il convient toutefois de préciser que le *minting* d'un NFT *off-chain* suppose habituellement le chargement d'un actif digital, dans notre cas d'une œuvre, sur une base de données adéquate (telle que le réseau IPFS) ; un tel processus, indépendamment de la création du NFT *off-chain*, constitue, au même titre que le *minting* d'un NFT *on-chain*, une reproduction ainsi qu'une mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 let. a et c LDA respectivement. En revanche, il est possible qu'une « autre personne que le créateur du *NFT* [comme par exemple le créateur de l'œuvre] ait déjà chargé une copie de l'œuvre sur IPFS (…) et que, par la création du NFT, il soit simplement renvoyé à l'adresse URL. Dans ce cas, aucune reproduction ou mise à disposition de l'œuvre ne sera alors nécessaire pour créer le NFT »[876].

Pour ce qui est du NFT qui représente une œuvre originale analogue ou § 372
certaines parties de cette œuvre, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une reproduction telle que détaillée au paragraphe précédent, nous associons cette hypothèse au cas où une œuvre numérique est créée en tout ou partie sur la base

871 JOLLER/PASQUIER/KRAUS, p. 60 ; LA SPADA, p. 365.
872 ÖZTÜRK, p. 15.
873 JOLLER/PASQUIER/KRAUS, p. 61.
874 AREF/FÁBIÁN/WEBER, pp. 396-397 ; REUSSER, pp. 167-168.
875 JOLLER/PASQUIER/KRAUS, p. 61.
876 JOLLER/PASQUIER/KRAUS, p. 61.

d'une œuvre analogue préexistante, constituant donc une potentielle œuvre dérivée (dans ce cas-là « digitalisée »[877]) ; cette hypothèse sera développée plus bas[878].

§ 373 Que l'œuvre de nature numérique rattachée au NFT soit née dans le monde numérique où qu'elle ait été numérisée par un autre processus, elle revêt dans les deux cas la même caractéristique, déjà évoquée précédemment : une absence de matérialité[879]. Ainsi, à défaut de celle-ci, seul le droit de la propriété intellectuelle (plus précisément le droit d'auteur et les droits voisins) permet de concevoir la maîtrise d'une œuvre numérique[880].

§ 374 Une distinction doit être effectuée ici entre la titularité des droits d'auteur découlant de la protection de l'œuvre numérique sous-jacente et la titularité du NFT ainsi que son contenu tel que résultant des métadonnées[881]. En effet, un NFT contient un certificat digital d'authenticité – raison pour laquelle on lui attribue généralement ce rôle[882]. Ce statut de certificat d'authenticité n'équivaut pas à un transfert des droits d'auteur de l'œuvre associée au NFT[883] ; une personne qui achète ce dernier (à qui l'authenticité est donc garantie) n'acquiert pas des droits sur l'œuvre elle-même, mais plutôt sur les métadonnées du NFT[884]. Ainsi, si l'œuvre numérique représentée par le NFT ne peut être appréhendée que sous l'angle du droit d'auteur, le jeton constitue en revanche la propriété de son acheteur[885]. De ce fait, l'achat du NFT ne permet pas à son détenteur de produire des exemplaires digitaux ou physiques de l'œuvre sous-jacente ou de la mettre à disposition de tiers[886], ni de créer des œuvres dérivées sur la base de cette œuvre[887] ; il est uniquement autorisé à afficher le NFT dans son « portefeuille de jeton » et à l'exploiter à des fins privées[888]. Plus précisément, l'achat d'un NFT donne accès au *smart contract* qui l'a émis, lui-même inscrit dans la *blockchain*, et qui indique le nom du nouveau propriétaire du NFT en question ainsi que de l'œuvre qu'il représente[889].

877 Cf. *supra* § 254 ss.
878 Cf. *infra* § 375 ss.
879 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, pp. 132-133 ; ÖZTÜRK, p. 9.
880 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 133.
881 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 143.
882 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 143 ; MURRAY, p. 7.
883 HAAS/RODIEUX, p. 332.
884 MEZEI/ARORA, p. 8.
885 KERRIGAN, N 21-010 ; MEZEI/ARORA, p. 8.
886 LA SPADA, p. 365.
887 MURRAY, p. 8.
888 HAAS/RODIEUX, p. 332 ; MEZEI/ARORA, p. 8.
889 MURRAY, p. 5.

Ainsi, « le NFT se [limite] au rôle de certificat d'authenticité, ou de clé d'accès à une reproduction numérique de qualité et/ou signée de l'artiste et/ou autrement rendue *'collector'* »[890]. Par ailleurs, le propriétaire ne reçoit pas de copie de l'œuvre sous-jacente, ce qui exclut potentiellement l'application du principe de l'épuisement des droits au sens de l'art. 12 al. 1 LDA[891] ; ce point fait toutefois l'objet d'approches divergentes[892]. Un transfert des droits d'auteur sur l'œuvre représentée par le NFT en faveur de son acheteur n'est possible que s'il est prévu et délimité (s'agissant des opérations autorisées) par un contrat de licence – les cessions de droits étant moins habituelles dans ce contexte[893]. À défaut d'un tel accord, l'auteur de l'œuvre sous-jacente demeure le seul titulaire des droits d'auteur qui en découlent[894]. Il nous semble pertinent de préciser ici que « [l]orsque l'auteur cède par contrat à un tiers le droit de reproduire l'œuvre 'par tout moyen et sur tout support', il faut admettre que cela englobe la possibilité de créer des NFTs représentant l'œuvre. Si l'auteur souhaite se réserver ce droit, il est conseillé de le prévoir expressément dans le contrat »[895].

iii) Des œuvres dérivées digitalisées ?

Nous l'avons vu, c'est au moment du processus de numérisation permettant § 375
de dupliquer une œuvre analogue sous forme digitale, soit du *minting*, que le *smart contract* génère le jeton rattaché à l'œuvre numérisée et lui attribue un numéro d'identification unique qui sera inscrit sur la *blockchain*[896]. Il est à présent également établi que l'une des catégories de NFTs regroupe ceux qui représentent une œuvre analogue originale ou des éléments de celle-ci. À notre sens, cela soulève la question de savoir si l'œuvre originale ainsi « frappée », dans la mesure où elle fait l'objet d'un processus transformatif (pour autant que l'on envisage la numérisation comme une transformation de l'œuvre[897]) et qu'elle reprend des éléments de l'œuvre analogue, ne constitue pas un autre cas potentiel d'œuvres dérivées digitalisées. Il convient de préciser que c'est bien l'œuvre sous-jacente, dans sa version numérique telle qu'elle est rattachée au NFT, qui est analysée ici, la possibilité de qualifier un NFT d'œuvre au sens de l'art. 2 al. 1 LDA ayant été rejetée plus haut[898].

890 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 143.
891 HAAS/RODIEUX, p. 332.
892 JOLLER/PASQUIER/KRAUS, p. 64.
893 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 143.
894 MEZEI/ARORA, p. 8.
895 LA SPADA, p. 365.
896 JOLLER/PASQUIER/KRAUS, p. 57.
897 Cf. *supra* § 228.
898 Cf. *supra* § 366.

§ 376 DUCOMMUN et KLECZEWSKI expliquent, en parlant du rôle de certificat d'authenticité du NFT, que « toute version postérieure [au *minting* d'une œuvre] pourrait aisément être identifiée comme étant une reproduction ou encore une œuvre dérivée. Tout autre individu se présentant comme l'auteur pourrait facilement être discrédité. Toute modification de l'œuvre pourrait être constatée par comparaison avec la version contenue dans le NFT »[899]. Cet extrait met en évidence, d'une part, les risques liés à la reconnaissance de la paternité de l'œuvre sous-jacente, et d'autre part, la possibilité d'admettre l'existence d'une œuvre dérivée créée à partir d'une œuvre numérique rattachée à un NFT. Si l'on poursuit cette logique, il ferait sens d'envisager que l'œuvre numérisée soit également une œuvre dérivée de l'œuvre analogue originaire à partir de laquelle elle a été créée.

§ 377 À titre d'exemple, nous avons déjà évoqué l'affaire opposant Hermès à Mason Rotschild comme un cas potentiel de création d'œuvre dérivée numérisée – en l'espèce le sac Birkin sous sa forme digitale (envisagée ici comme une création artistique sous l'angle de la LDA)[900] – et rattachée à un NFT. En outre, en 2021, un certain nombre d'œuvres créées à partir des travaux de l'artiste Banksy ont été mis en vente sous forme de NFTs par un utilisateur portant le pseudonyme de *Pest Supply*. L'organe d'authentification des œuvres de Banksy, *Pest Control*, a toutefois nié un quelconque lien avec l'artiste[901].

§ 378 À la lumière des droits moraux, cette hypothèse peut prendre appui sur le risque d'atteinte à l'intégrité de l'œuvre. Si l'on admet que l'intégrité de l'œuvre analogue est mise à mal par sa dématérialisation[902], le droit exclusif de l'auteur de « décider si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être utilisée pour la création d'une œuvre dérivée » (art. 11 al. 1 let. b LDA), ici pour la création de la forme digitale de l'œuvre analogue originale, se trouverait en effet injustement limité. Plus particulièrement, « [f]ace à une œuvre numérique, chacun [des] droits moraux est (…) mis à l'épreuve par la facilité de diffusion et d'édition de l'œuvre, combinés à la difficulté de contrôler ce qu'il en advient »[903]. Cet extrait met en évidence l'avis, rejoint par d'autres auteurs, selon lequel la nature flexible et les utilités diverses du monde numérique rendent ce dernier peu adapté à l'application des droits moraux. Toutefois, même si ceux-ci ont été conçus à l'origine pour protéger des œuvres analogues, il n'y

899 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 134.

900 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 131 ; SHAW, *Banksy-style NFTs have sold for $900,000—but are they the real deal and does it even matter?* ; cf. *supra* § 235 ss.

901 ROSSOW, *The Hermès lawsuit may dictate the future of NFTs*.

902 Cf. *supra* § 194.

903 DUCOMMUN/KLECZEWSKI, p. 134.

aurait pas de raison de ne pas les appliquer aux œuvres existant dans le monde virtuel ; en effet, l'intégrité d'une œuvre sous-jacente à un NFT doit être respectée, même lorsque cette œuvre est numérisée[904].

§ 379 En réponse à la théorie selon laquelle l'œuvre numérisée, rattachée à un NFT, serait une œuvre dérivée de l'œuvre analogue à partir de laquelle elle a été créée, MEZEI et ARORA expliquent que, au contraire, la numérisation d'une œuvre en l'associant à un NFT ne constitue pas une nouvelle expression au sens du droit d'auteur, mais simplement le passage d'un format physique à un format numérique[905]. L'expression de l'œuvre n'est pas altérée comme elle pourrait l'être à travers une adaptation ou une traduction[906], qui peut à l'inverse remplir le critère d'individualité.

§ 380 Ainsi, il nous est difficile d'affirmer avec certitude que la troisième catégorie de NFTs que nous avons abordée est susceptible de revêtir la qualité d'œuvre dérivée. Il s'agit à nouveau d'une transposition purement théorique dont la conception et la mise en œuvre semblent peu réalistes en pratique.

d. Synthèse

§ 381 Ce sous-chapitre consacré au *Metaverse* nous a permis d'exposer ses caractéristiques et le rôle du droit d'auteur dans l'environnement virtuel. S'il est vrai que ce dernier ne visait pas, au moment de son entrée en vigueur, les œuvres autres qu'analogues, l'évolution rapide de la réalité virtuelle implique nécessairement une extension du champ d'application du droit d'auteur aux contenus digitaux que l'on retrouve dans le *Metaverse*. Sont désormais couverts non seulement le logiciel à l'origine du monde virtuel, mais également les œuvres numériques et numérisées qui y circulent[907].

§ 382 L'exemple d'œuvres virtuelles le plus répandu sont les NFTs, dont la nature et le fonctionnement sont particulièrement complexes. Notre examen de ces jetons non fongibles nous a amenée à clarifier un point central : ce n'est pas le NFT en lui-même qui revêt la qualité d'œuvre au sens de l'art. 2 al. 1 LDA, mais bien l'œuvre sous-jacente qui est associée au dit jeton. Il nous a dès lors semblé pertinent d'analyser cette dernière à la lumière du statut d'œuvre dérivée numérisée, dans la mesure où l'œuvre analogue de départ subit une forme de transformation à travers le *minting*, et donc une dématérialisation sous

904 MEZEI/ARORA, p. 14.

905 Cette affirmation n'est pas sans nous rappeler les propos de LUCAS, qui expliquait qu'il n'y a pas de place pour une nouvelle catégorie d'œuvre numérique, mais seulement un format numérique unique pour des œuvres de genres différents (cf. *supra* § 253).

906 MEZEI/ARORA, p. 9.

907 Cf. *supra* § 357 ss.

forme numérique qui peut engendrer une atteinte à l'intégrité de l'œuvre originale fondée sur l'art. 11 al. 1 let. b ou al. 2 LDA – à noter que, dans un tel cas, le caractère individuel de l'œuvre dérivée numérisée devrait être établi. Certains avis contraires nous font toutefois douter de cette hypothèse[908].

§ 383 De toute évidence, rares sont les cas – voire inexistants – où l'on peut clairement qualifier une création numérique, telle qu'un UGC, un *output* généré par IAGen ou un NFT, d'œuvre dérivée numérique ou numérisée. Cela nous amène à nous demander si, plutôt que de chercher à identifier des exemples concrets existants d'œuvres dérivées de nature virtuelle, il ne serait pas plus pertinent de questionner la conception même de cette catégorie d'œuvres à la lumière des nouvelles technologies.

II. L'évolution du droit d'auteur au regard des outils virtuels

A. Généralités

§ 384 Nous savons désormais que les évolutions récentes de l'ère numérique ont particulièrement affecté le domaine du droit d'auteur. Bien qu'elle ait apporté une certaine lumière sur le sujet, notre analyse relativement pragmatique des outils virtuels concernés, en parallèle à un examen détaillé des dispositions légales applicables à chacun d'entre eux, ne nous a pas encore réellement permis de développer une nouvelle approche de l'œuvre dérivée dans l'univers digital. Le sous-chapitre qui suit vise, en lieu et place d'une application stricte du droit d'auteur tel qu'il existe aujourd'hui *aux* outils virtuels exposés plus haut, à s'interroger sur son évolution *face à* ces derniers sous l'angle de l'œuvre dérivée. Cette réflexion s'articulera autour du postulat selon lequel une imitation de style ne permet pas de créer une œuvre dérivée, à tout le moins, comme nous le verrons, dans le monde analogique.

B. Le cas de l'imitation du style dans l'IAGen

1. La notion de style

§ 385 Dans la continuité de notre analyse du contenu généré par intelligence artificielle, nous nous interrogeons à présent sur la nature de cet *output*. Nous savons que celui-ci peut constituer une création artistique ou littéraire au sens strict – abstraction faite de la question de la paternité de l'œuvre – et parmi toutes les formes possibles qu'il peut prendre, il n'est pas rare que le contenu ainsi généré soit le résultat de l'imitation d'une identité artistique.

908 Cf. *supra* § 375 ss.

Il a été établi au cours de cette étude que le style en tant que tel n'est pas protégé par le droit d'auteur. Dès lors, une œuvre dérivée ne pourra pas être qualifiée comme telle si elle ne fait qu'appliquer le style d'un autre artiste[909]. Toutefois, l'activité centrale des systèmes d'IAGen consiste à identifier les modèles existants, avec toutes leurs caractéristiques, et de les exploiter afin de créer de nouvelles œuvres différentes et plus spécifiques que lesdits modèles[910] ; il apparaît que la reprise du style d'une œuvre préexistante peut également faire partie intégrante de ce processus. Ainsi, le passage du monde analogique à un environnement numérique, en particulier sous l'angle de l'IAGen, supposerait des circonstances radicalement différentes qui altéreraient le raisonnement pertinent[911] en matière d'imitation du style selon le droit d'auteur. Cette nouvelle réalité nécessiterait donc une reconsidération à cet égard. § 386

D'entrée de cause, affirmer de manière catégorique que le style ne peut pas faire l'objet d'une protection en vertu du droit d'auteur n'a de sens que dans la mesure où le terme « style » est clairement délimité[912], or tel n'est pas le cas ; le style est un concept ambigu et difficile à cerner[913], tant d'un point de vue linguistique que juridique[914]. Dans un sens large, il peut être assimilé au genre, tel la musique baroque ou romantique, ou encore les mouvements artistiques de la peinture[915]. Selon une compréhension plus restreinte, le dictionnaire de la langue française désigne le style comme étant la « manière de traiter la matière et les formes dans une œuvre d'art ; ensemble des caractères d'une œuvre qui permettent de la rapprocher d'autres œuvres »[916]. L'expression « avoir du style » évoque quant à elle une forme d'authenticité propre à la personne dont il émane, une signature qui permet d'identifier et d'attribuer une œuvre à un artiste[917]. Si les lignes qui précèdent permettent d'en souligner le caractère personnel, le contenu de la notion de style demeure toutefois flou. § 387

La délimitation du style nous apparaît d'autant plus complexe qu'elle est difficile à situer dans la dichotomie issue du *copyright* américain opposant le § 388

909 Cf. *supra* § 34.

910 BRACHA, p. 32.

911 BRACHA, p. 34.

912 SOBEL, *Elements of Style*, p. 70.

913 O'CONNOR, p. 65.

914 SOBEL, *Elements of Style*, p. 28.

915 SOBEL, *Elements of Style*, p. 30.

916 Dictionnaire Le Robert, Définition de « style ».

917 FIX, p. 47.

caractère expressif d'une œuvre à une simple idée[918], tel que cela ressort du § 102 (b) du Titre 17 U.S.C.[919]. En effet, la création se comprend comme un processus s'écoulant de la préconception de l'œuvre jusqu'à son expression concrète[920], soit une expression de la pensée humaine[921]. En d'autres termes, l'œuvre doit avant tout être une expérience esthétique perceptible aux sens[922]. Alors que le caractère expressif – à condition qu'il dénote également d'une certaine individualité – entre dans le champ d'application du droit d'auteur, l'idée semble en être exclue. En effet, à l'inverse du caractère expressif, cette dernière ne provient pas du « fonds » de l'auteur et constitue davantage une sorte de « matière première »[923].

§ 389 Dans son article portant sur le traitement des œuvres de droit d'auteur à l'ère de l'IAGen, BRACHA évoque à cet égard le « principe de débordement » (« *spillovers principle* »), selon lequel le droit d'auteur doit avoir des effets strictement limités, et ce à deux niveaux. Tout d'abord, son application doit être limitée aux œuvres revêtant une forme expressive[924], telle que décrite ci-avant[925]. Deuxièmement, le droit d'auteur doit avoir une portée clairement circonscrite au sein du domaine spécifique des œuvres expressives (selon la nature de l'œuvre et des prérogatives découlant de la loi). Ainsi, une œuvre expressive donnée qui n'entre pas dans ce second cadre précis peut en « déborder » ; le *spillover principle* signifie que cette œuvre tombe dans le domaine public et demeure à la libre utilisation de tout un chacun[926]. S'agissant de la première distinction, BRACHA est d'avis que le style est une notion trop abstraite pour bénéficier d'un caractère expressif, et ne peut donc pas être protégée par le droit d'auteur. Comme il ne correspond à aucune catégorie d'œuvre délimitée par la loi sur le droit d'auteur, le style « déborde » alors dans le domaine public. En d'autres termes, il est interdit de copier l'œuvre d'un artiste de manière contraire à ses droits, mais toute personne est libre de reprendre son style[927].

918	Le paradigme européen du droit d'auteur distingue plutôt la forme de l'idée (CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, p. 17 ss), mais une analyse du style à la lumière du *copyright* américain nous paraît plus pertinente aux fins de notre recherche.
919	SOBEL, *Elements of Style*, p. 29 ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 1: Digital Replicas*, p. 54.
920	CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, p. 32.
921	BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 8.
922	CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, p. 33 ; DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, p. 32 N 47 et 48.
923	CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, p. 59.
924	BRACHA, p. 17.
925	Cf. *supra* § 388.
926	BRACHA, p. 15.
927	BRACHA, p. 34 ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 1: Digital Replicas*, pp. 54-55.

Pour d'autres auteurs, comme SOBEL, l'analyse doit être plus nuancée dans la mesure où le style se trouve en réalité à cheval entre les notions d'idée et d'expression ; il ne constitue pas à lui seul l'expression d'une œuvre *per se*, mais il en fait indéniablement partie[928]. En parlant des styles « signature » des artistes, FRIEDMANN précise quant à lui que « l'expression pèse plus lourd que l'idée, et que la combinaison [de ces deux éléments] est protégeable »[929]. § 390

Le style découle de « l'effet cumulatif d'un certain nombre de choix expressifs discrets effectués par un artiste particulier »[930]. En d'autres termes, le style constitue un ensemble de sélections esthétiques, peut-être minimes à elles seules, mais qui créent un réel effet expressif une fois combinées[931]. Dès lors, à tout le moins dans le domaine des arts visuels, « le style peut également se référer à une expression plus particulière qui entre dans le cadre des droits d'auteur d'un artiste »[932]. § 391

Le projet *The Next Rembrandt* nous permet ici de clarifier nos propos. Dans le cadre de cette expérience, 350 œuvres du célèbre peintre ont été scannées et pixélisées, chaque détail ayant été analysé, et ont ensuite servi de base de données à un outil d'intelligence artificielle. Avec l'aide d'un *prompt* très précis, un portrait aux textures et couches tout à fait similaires au style de Rembrandt a ainsi été généré[933]. Cette œuvre d'art virtuelle, puisqu'elle ne fait qu'appliquer un style existant, constitue selon nous un exemple d'imitation de style artistique dans le monde virtuel. Dans le domaine musical, une autre illustration a suscité de vives réactions : en 2023, la chanson *« Heart On My Sleeve »*, interprétée par les artistes Drake et The Weeknd, a connu un grand succès sur les réseaux sociaux et a failli être récompensée aux *Grammy's*. Il s'agissait toutefois d'une musique entièrement générée par intelligence artificielle, qui a reproduit les voix et le style des artistes[934]. § 392

2. Le contexte particulier des systèmes d'IAGen

Si la question de l'imitation ou de la reprise d'un style artistique n'est pas un nouveau phénomène en soi, sa transposition dans le contexte de l'IAGen lui § 393

928 SOBEL, *Elements of Style*, p. 29.

929 FRIEDMANN, *Copyright as Affirmative Action*, p. 2.

930 SOBEL, *Elements of Style*, p. 33.

931 SOBEL, *Elements of Style*, p. 41.

932 SOBEL, *Elements of Style*, p. 6.

933 BONADIO/MCDONAGH, p. 119 ; GILLIÉRON, *Intelligence artificielle : la titularité des données*, pp. 445-446 ; Youtube, *The Next Rembrandt*.

934 ROCH, *Intelligence artificielle : la fausse chanson de Drake et The Weeknd n'ira pas aux Grammys 2024*.

donne une tout autre importance[935]. Selon notre interprétation, l'imitation d'un style artistique par une personne physique est la plupart du temps un choix délibéré. Du point de vue d'un système d'intelligence artificielle, il s'agit davantage d'une capacité paramétrée à l'avance. Au moment où il reçoit le *prompt* de l'utilisateur, le système va automatiquement mettre en œuvre toutes ses fonctionnalités pour générer le résultat le plus pertinent[936]. En effet, les modèles des appareils d'IAGen sont dotés de la capacité de générer des *outputs* revêtant, avec une ressemblance frappante, des styles d'œuvres d'artistes protégées[937]. Par ailleurs, certains modèles de systèmes d'IAGen, tels que les « *Creative Adversarial Networks* » (« *CAN* »), sont spécialement conçus et paramétrés de sorte à analyser et enregistrer des œuvres d'art, puis à intégrer et reproduire les styles de ces dernières[938].

§ 394 Dans l'affaire « *SURYAST* », un utilisateur avait généré une image intitulée du même nom à l'aide du système d'IAGen *RAGHAV*, servant à la création de tableaux. Cette application a la particularité de permettre le « transfert » de style, c'est-à-dire « de générer une image avec le même 'contenu' comme image de base, mais avec le 'style' d'un tableau [déterminé] »[939]. Ainsi, l'utilisateur a mélangé une photo qu'il avait prise avec le tableau de Vincent Van Gogh « La Nuit étoilée », qui a donc servi de style de référence. Il a ensuite choisi, à l'aide d'une variable créée à cet effet, le « niveau de transfert » de style qu'il souhaitait effectuer de l'œuvre de Van Gogh à sa photo afin de créer l'œuvre finale[940]. Après avoir soumis une demande d'enregistrement au *U.S. Copyright Office* en se déclarant coauteur de cette dernière avec le système *RAGHAV* lui-même, l'utilisateur s'est heurté à un refus ; le *Copyright Review Board* a en effet considéré que « *SURYAST* » n'était le résultat que de trois simple *inputs* (l'image de base, le tableau de Van Gogh et la variable de transfert du style)[941] qui s'avéraient être trop imprécis pour attribuer une quelconque paternité de l'œuvre[942]. Un autre exemple parlant est le nouveau filtre offert depuis mars 2025 par la version actualisée de *ChatGPT* (qui peut à présent également générer des images) ; ce filtre permet d'appliquer le style très reconnaissable des films

935 BRACHA, p. 32.

936 SOBEL, *Elements of Style*, p. 9.

937 SOBEL, *Elements of Style*, p. 8 ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 1: Digital Replicas*, p. 53.

938 Elgammal/Liu/Elhoseiny/ Mazzone, p. 6 ; Feliú, p. 5.

939 U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, « *SURYAST* », p. 5.

940 FRIEDMANN, *Creation and Generation*, p. 29.

941 U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, « *SURYAST* », p. 7.

942 FRIEDMANN, *Creation and Generation*, p. 30 ; U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, « *SURYAST* », p. 4.

d'animation du Studio Ghibli aux images générées par le système d'IAGen – sans toutefois qu'un accord de licence n'ait été conclu avec le célèbre studio[943].

§ 395 Il existe donc principalement deux scénarios : soit les instructions de l'utilisateur contiennent textuellement les termes « dans le style de »[944], (applicable avec une intensité variable ou au moyen d'un filtre) et l'outil d'intelligence artificielle ne fait que respecter les consignes – comme c'était notamment le cas pour *The Next Rembrandt*, l'affaire « *SURYAST* » ou l'effet « Studio Ghibli » sur *ChatGPT*, soit les indications sont moins spécifiques mais amènent malgré tout le système à reproduire, par souci de précision, le style artistique de certains contenus ayant été « ingérés » au stade de la récolte de données d'entraînement et qui est dès lors reconnaissable dans l'*output* final[945]. Nous constatons que dans ce second cas en particulier, il ne s'agit pas d'un choix volontaire de réaliser une imitation de style, mais bien d'une exécution automatisée et *a priori* systématique.

§ 396 Ce constat nous amène à nous demander ce qu'il en est de la protection des œuvres dont le style a été reproduit de la sorte, soit lorsqu'un modèle d'IAGen génère un *output* qui est en apparence très similaire aux données – relatives au style – qui ont justement entraîné ce modèle[946]. La question est source de désaccords ; le courant qui s'oppose à l'exigence de l'autorisation des titulaires des droits d'auteur pour l'usage de leurs œuvres n'est pas en faveur d'une protection du style, dans la mesure où, selon ce courant, les prérogatives découlant du droit d'auteur n'ont « jamais inclus un monopole sur les éléments de base de la créativité », à savoir « les idées, les concepts, *le style*, la technique artistique, le langage ou la grammaire », et que ce sont précisément ces propriétés qui sont extraites des données d'entraînement par le système d'IAGen[947]. Concrètement, la protection du style aurait pour conséquence d'étendre le monopole des titulaires des droits d'auteur sur une œuvre. Cela n'a pas empêché certains artistes de justement se plaindre d'une violation de leurs droits à travers la reprise de leur style artistique par ces systèmes, comme c'était par exemple le cas dans l'affaire *Andersen, et al. v. Stability AI*[948]. Dans la première partie de son rapport sur le droit d'auteur et l'intelligence

943 FRANCEINFO CULTURE, *En créant des images inspirées du Studio Ghibli, sans accord de licence, ChatGPT donne corps aux craintes des auteurs*.

944 BRACHA, p. 32.

945 SOBEL, *Elements of Style*, p. 8.

946 SOBEL, *Elements of Style*, p. 9.

947 *Coalition Letter to Congress on Copyright and AI*, p. 1.

948 *Andersen, et al. v. Stability AI Ltd.*, 3: 23-cv-00201 (13 janvier 2023), p. 2 ; dans une ordonnance du 12 août 2024, la Cour de District de Californie, malgré le rejet d'une partie des allégations de la partie plaignante, a toutefois admis celles touchant à la violation

artificielle traitant spécifiquement des répliques digitales[949], le *U.S. Copyright Office* expose qu'il a reçu de nombreux commentaires exprimant une réelle inquiétude face aux atteintes causées par les *outputs* dans lesquels divers styles d'artistes humains sont reconnaissables, et réclamant une protection à cet égard[950].

§ 397 La question de la menace que représente le fonctionnement des systèmes d'IAGen pour le style artistique d'une œuvre préexistante et le nouveau besoin de protection qui en découle sont donc des sujets on ne peut plus actuels. Aux fins de notre recherche, nous allons développer l'hypothèse selon laquelle la sélection des éléments de style ferait partie intégrante de la création de l'esprit – dans le contexte de l'IAGen – et supposerait dès lors une possible application du droit d'auteur.

3. Violation potentielle des droits d'auteur par la reprise du style dans le contexte de l'IAGen ?

§ 398 Dans la doctrine relative au *copyright* américain, l'examen de la « similarité substantielle » (« *substantial similarity* ») – liée au caractère expressif de l'œuvre, la similarité quant aux idées n'étant pas suffisante[951] – permet de déterminer dans quelle mesure la reprise d'éléments provenant d'une œuvre préexistante peut, dans un cas donné, constituer une violation des droits d'auteur[952]. Dans l'affaire *« SURYAST »* exposée ci-avant, l'utilisateur qui souhaitait obtenir l'enregistrement de l'image générée par IAGen s'était défendu en expliquant qu'il s'agissait d'une nouvelle œuvre indépendante précisément parce qu'il n'y avait pas de similarité substantielle entre l'*ouptut* et l'image de base ayant servi d'*input*[953]. Cette doctrine pourrait également s'appliquer à l'imitation ou la reprise d'un style[954]. Faisant écho à ce qui a été exposé plus haut en lien avec la notion de style et les spécificités techniques de l'IAGen, SOBEL explique toutefois ce qui suit : *« Style has always been a challenge for substantial similarity because it is the form of expression least susceptible to analytical dissection and most likely to elicit inarticulate aesthetic intuitions. Generative AI*

du droit d'auteur au sens du *U.S. Copyright Act* (*Andersen, et al. v. Stability AI Ltd.*, 3: 23-cv-00201, *Order granting in part and denying in part motions to dismiss first amended complaint* (12 août 2024)).

949 Ce document, qui date de juillet 2024, fait suite à la *Notice of Inquiry* publiée par le U.S. COPYRIGHT OFFICE en août 2023.

950 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 1: Digital Replicas*, p. 53.

951 SOBEL, *Elements of Style*, p. 35 et 36.

952 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 3: Generative AI Training*, p. 30.

953 U.S. COPYRIGHT OFFICE, COPYRIGHT REVIEW BOARD, *« SURYAST »*, p. 3.

954 SOBEL, *Elements of Style*, p. 1.

models' replication of style is a hard problem for copyright law because the models are purpose-built to identify and reproduce precisely the forms of similarity that are the hardest to analyze legally »[955]. Ainsi, une analyse du style comme étant un élément expressif d'une œuvre protégée par le droit d'auteur n'est possible que si l'on parvient à déterminer quels sont les points de similarité précisément relatifs au style qui s'avèrent problématiques dans un cas d'espèce.

§ 399 Concrètement, la reprise du style d'une œuvre, à la lumière de la similarité substantielle, peut apparaître de deux manières différentes. Dans le premier cas, cette similarité découle d'une comparaison entre deux œuvres distinctes : soit on détecte une similitude abstraite et globale avec une œuvre préexistante protégée par le droit d'auteur (on parle alors de copie non-littérale), soit il s'agit d'une reprise d'éléments à l'identique (qualifiée de copie littérale)[956]. Ainsi, un style est imité de la sorte lorsque par exemple, une personne peint un tableau dans le style du peintre Roy Lichtenstein, c'est-à-dire en faisant usage de couleurs primaires, en reprenant des images de *« comics »* ou en appliquant la méthode du *« Ben-Day »*, chacun de ces éléments pouvant être reproduit de manière plus ou moins littérale ; cette situation correspond donc à la reprise du style personnel d'un artiste[957]. L'autre scénario possible est celui dans lequel, à l'inverse d'un constat de similarités ou identités précises entre deux créations distinctes, une œuvre donnée contient en elle-même une multiplicité d'éléments abstraits qui, une fois groupés ainsi, sont caractéristiques d'un corpus d'œuvres d'un artiste particulier ou sont associés par le public à ce corpus[958]. En d'autres termes, il s'agit dans ce cas de la reprise d'éléments de style appartenant à un courant artistique spécifique, commun à plusieurs œuvres[959]. Un style est donc imité de cette seconde manière lorsqu'une œuvre est reproduite à la manière de Roy Lichtenstein et fait dès lors partie du corpus des créations du style *PopArt*[960].

§ 400 Selon BRACHA, dans la première variante, soit dans les cas de copies littérales ou non-littérales du style d'un artiste revêtant un caractère expressif, puisque ce sont des aspects plus ou moins déterminés d'une œuvre préexistante qui sont repris, l'analyse de la similarité substantielle devrait simplement s'apparenter à un examen standard de violation des droits d'auteur. En

955 SOBEL, *Elements of Style*, p. 2.

956 BRACHA, p. 32 ; SOBEL, p. 35.

957 O'CONNOR, p. 68.

958 Selon notre compréhension, la *perception* d'un style à travers le regard du public joue en effet un rôle clé dans son appréhension en tant que forme d'atteinte au droit d'auteur.

959 O'CONNOR, p. 68.

960 BRACHA, p. 32.

effet, il suffirait alors de localiser les éléments de style imités[961] et de déterminer, en fonction du niveau d'abstraction de leur similitude, la probabilité d'une atteinte plus ou moins directe[962]. La seconde variante pose davantage problème quant à la protection du style : celui-ci est ici constitué d'un ensemble d'éléments provenant d'un corpus de plusieurs œuvres, or tant le *copyright* américain que le droit d'auteur européen protègent spécifiquement la création de l'esprit dans son individualité, à l'exclusion des groupes d'œuvres[963]. Dès lors, toute forme d'analyse découlant du droit d'auteur, y compris la similarité substantielle, entre une création donnée et un corpus d'œuvres dont découlerait le style est dénuée de sens dans un tel cas[964] ; il serait en effet trop difficile d'établir des points de comparaison entre l'œuvre en question et les vastes éléments de style d'un courant artistique, qui s'apparente en réalité davantage à un *genre* artistique qu'à un style individuel *per se*[965]. À cet égard, il convient de rappeler que le droit d'auteur doit profiter à la personne physique à l'origine de la création littéraire ou artistique. Dans l'hypothèse qui nous intéresse, c'est bien l'artiste qui est auteur des éléments caractéristiques de son propre style. S'il peut être établi que ces derniers constituent des traits individuels au sens du droit d'auteur, le style devrait bénéficier de la protection légale, à l'inverse du courant artistique en lui-même.

§ 401 Il découle des réflexions qui précèdent que la reproduction d'un style dans un *output* généré par IAGen ne pourrait être protégé par le droit d'auteur que si certaines conditions sont remplies. Tout d'abord, le style devrait revêtir une nature expressive de par les diverses sélections esthétiques qui le constituent. Cet élément soulève la question de savoir *qui* est à l'origine de ces choix ; on pourrait soit considérer que c'est l'utilisateur à travers le *prompt* transmis au système d'IAGen, ce qui supposerait le caractère volontaire de la sélection, soit que c'est le système lui-même (sans *prompt* précis) qui réaliserait la reproduction de style, étant précisé que ces éventuelles imitations sont inhérentes à son fonctionnement. Malgré ce risque de reprise du style dans l'*output*, indépendant de tout contrôle, une protection par le droit d'auteur se justifierait dans ce cas par la récurrence de cette opération. Il nous apparaît contradictoire de réguler l'usage et la copie des œuvres analogues, qui sont des actes quotidiens, sans en faire autant pour les reproductions d'éléments

961 O'CONNOR, p. 69.

962 BRACHA, pp. 33-34 ; SOBEL, pp. 48-49.

963 Nous précisons que si ces groupes/corpus d'œuvres prennent la forme de recueils, ils peuvent être protégés en droit suisse par l'art. 4 LDA, pour autant que les conditions de cette disposition soient remplies.

964 BRACHA, p. 34.

965 O'CONNOR, p. 68.

tirés d'œuvres protégées réalisées dans l'environnement numérique, également extrêmement fréquentes puisque quasi-automatiques.

§ 402 Deuxièmement, seule l'analyse d'une similarité stylistique substantielle sous forme de copie littérale ou non-littérale pourrait entrer en ligne de compte. Ainsi, il faudrait que l'*output* présente des éléments de style d'un artiste repris à l'identique ou des similitudes plus abstraites – mais suffisamment reconnaissables, extraites d'une ou plusieurs œuvres d'un artiste ayant servi de données d'entraînement. L'œuvre ainsi générée par IAGen serait alors soumise à un examen standard de violation des droits d'auteur, sous l'angle spécifique du style.

§ 403 Il nous reste à présent à déterminer si une œuvre générée par IAGen qui reprend des éléments de style d'une œuvre préexistante protégée par le droit d'auteur peut constituer une œuvre dérivée numérique. Si l'on part du principe que le système d'IAGen est capable d'adapter une œuvre préexistante (au sens de l'art. 3 al. 1 LDA) ayant servi de donnée d'entraînement en imitant son style[966], rendant celle-ci reconnaissable dans son caractère individuel (l'usage d'un style ayant dans un tel cas un caractère suffisamment expressif pour remplir cette condition), il serait en effet envisageable que le résultat ainsi généré constitue une nouvelle forme d'œuvre dérivée qui existerait spécifiquement dans l'environnement numérique. Dans cette hypothèse, l'œuvre dérivée générée par IAGen sur la base d'une imitation de style pourrait entrer dans le champ de l'art. 3 LDA et bénéficier d'une protection légale – à condition qu'elle revête également des traits individuels propres. D'un autre côté, l'auteur de l'œuvre préexistante utilisée comme donnée d'entraînement dont les traits individuels découlant du style sont reconnaissables dans l'*output* final aurait la possibilité de faire valoir une violation de ses droits exclusifs. Cette réflexion doit être mise en lien avec la balance des intérêts en cause lorsque le droit d'auteur trouve application, puisqu'une telle protection du style supposerait une extension des droits exclusifs de l'auteur, et donc un risque de voir la créativité des utilisateurs – qui souhaiteraient se servir de l'IAGen pour créer une œuvre « dans le style de » – plus ou moins restreinte, selon la manière dont le style a été repris.

§ 404 Il convient de préciser ici que dans son rapport cité plus haut, le *U.S. Copyright Office* est d'avis que la loi américaine sur le droit d'auteur permet en l'état de protéger le style d'un artiste *en lien avec* d'autres éléments expressifs protégeables d'une œuvre déterminée. Selon lui, il n'est pas encore nécessaire à ce stade d'ajouter le style comme un élément entrant à lui seul dans le champ du droit d'auteur, mais les problématiques qui l'entourent ne doivent pas être

966 BARRELET/EGLOFF, art. 3 N 5 *a contrario*.

ignorées ; cette réflexion nous paraît digne d'intérêt au regard du droit suisse. Le *U.S. Copyright Office* précise en outre qu'il existe d'autres cadres législatifs susceptibles de s'appliquer dans un tel cas, comme le droit de la concurrence déloyale ou le droit de publicité[967].

III. Bilan

§ 405 Cette analyse de l'évolution du Web à la lumière des enjeux relatifs à l'œuvre dérivée dans le monde numérique nous a permis de clarifier l'état de la situation actuelle. Le tour d'horizons des outils virtuels du premier sous-chapitre avait pour but d'identifier les cas dans lesquels l'existence des œuvres numériques pouvait être envisagée. S'agissant des liens hypertextes, nous sommes parvenue à la conclusion qu'ils ne pouvaient pas servir à la création d'œuvres dérivées, ce qui a limité notre réflexion sur le sujet[968]. Il en va de même pour l'examen du TDM, qui n'était pertinent que sous l'angle des droits patrimoniaux et non des droits moraux[969]. Le cas des UGCs pourrait *a priori* constituer un exemple d'œuvres dérivées numériques, mais nous avons relevé que leur protection par le droit d'auteur serait difficile à accorder en raison du manque d'individualité de ce type de contenus[970]. Concernant le Web 3.0, il a été déjà été relevé plusieurs fois que l'*output* généré par IAGen ne peut être qualifié d'œuvre dérivée numérique, puisqu'elle ne peut être rattachée à un auteur humain, notamment l'utilisateur – sauf application de la théorie du lien de création causal[971], dont la portée est encore limitée à ce jour. Les *NFTs* ont également dû être exclus de notre analyse dans la mesure où ce n'est pas le jeton non fongible lui-même qui revêt le statut d'œuvre dérivée numérique, mais bien l'œuvre sous-jacente y rattachée. Nous avons donc porté notre attention sur le scénario où une version numérique de cette dernière serait créée à travers le processus de *minting*[972]. Toutefois, là aussi, nous nous sommes heurtée au critère de l'individualité de l'œuvre, qui semble difficile à démontrer dans un tel contexte[973].

§ 406 Puisqu'une analyse en application de la définition « standard » de l'œuvre dérivée ne nous a pas apporté satisfaction, nous avons tenté de développer

967 U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Part 1: Digital Replicas*, pp. 55-56.

968 Cf. *supra* § 268.

969 Cf. *supra* § 280.

970 Cf. *supra* § 288.

971 Cf. *supra* § 312 ss.

972 Cf. *supra* § 369 ss.

973 Cf. *supra* § 379.

une nouvelle perception de celle-ci sous sa forme numérique, à la lumière de l'état actuel des nouvelles technologies sous l'angle spécifique de l'imitation du style en droit d'auteur. Nous avons mis en évidence le fait que dans le domaine de l'IAGen, la reprise des identités stylistiques des œuvres protégées utilisées comme données d'entraînement des modèles était un phénomène très courant, et que cette récurrence mériterait d'être prise en compte dans le champ d'application du droit d'auteur. Le style pouvant, dans certaines situations, constituer en lui-même un élément expressif à l'origine du caractère individuel d'une œuvre, il aurait pour double conséquence de créer davantage de cas de violations des droits d'auteur fondées sur la reprise du style, mais aussi d'élargir le monopole des droits des auteurs quant à l'usage de leurs œuvres protégées, proportionnellement à ce risque de violation accru. Ces points de réflexion nous ont permis d'entrevoir une brèche dans la définition de l'œuvre dérivée – numérique (dans le contexte spécifique des systèmes d'IAGen), dont l'existence avait été jusqu'alors exclue lorsque l'auteur secondaire ne faisait qu'imiter le style d'une autre œuvre préexistante.

Faisant suite à l'examen de l'évolution combinée des outils virtuels et du droit d'auteur, la dernière partie de ce travail sera consacrée aux perspectives futures de l'œuvre dérivée sous le prisme du numérique. § 407

Troisième partie :
L’avenir de l’œuvre dérivée

Chapitre 1 : La favorisation de l'innovation et de la culture

I. L'équilibre des intérêts intrinsèques à l'œuvre dérivée

§ 408 Comme nous l'avons souligné au début de cette étude, le droit d'auteur fonctionne sur la base d'un équilibre entre d'une part, l'intérêt de l'auteur à ce que ses prérogatives légales soient respectées, et d'autre part, les progrès scientifiques et artistiques, nécessaires à l'évolution de la société[974]. Il nous semble par ailleurs pertinent de rappeler ici que le droit d'auteur, comme tous les autres domaines de la propriété intellectuelle, constitue par définition une exception au principe selon lequel tout un chacun est libre de copier les créations et prestations d'autrui. Plus précisément, les droits exclusifs institués par les lois spéciales de propriété intellectuelle sont en réalité des exceptions à ce principe. Il en découle que la situation « de base » est une libre disposition totale en faveur du public, et pour qu'un droit exclusif sur un bien immatériel puisse prévaloir, une législation doit le prévoir explicitement[975]. Dans notre cas, ce sont les dispositions de la LDA qui sont déterminantes.

§ 409 Au vu des développements qui précèdent, il apparaît que l'œuvre dérivée est particulièrement concernée par l'équilibre dont il est ici question. En effet, si le contrôle de sa création fait certes l'objet d'un droit exclusif en faveur de l'auteur au sens de l'art. 11 al. 1 let. b LDA – ce droit faisant bénéficier d'une protection accrue conformément à la conception dominante du paradigme européen, l'œuvre dérivée constitue paradoxalement un moyen de progrès et d'innovation majeur qui devrait, précisément pour cette raison, échapper au monopole strict de l'auteur. Pour rappel, il faut pour cela que les traits individuels de l'œuvre préexistante à partir de laquelle la nouvelle œuvre a été créée passent au second plan face à l'individualité de cette dernière[976]. Ainsi, il apparaît que c'est uniquement dans le respect des droits dont bénéficie l'auteur de l'œuvre originaire que l'œuvre dérivée peut servir d'instrument d'innovation. Comme l'expose SALVADÉ, « [l]e régime juridique concernant les œuvres dérivées doit réaliser une balance entre la protection du patrimoine

974 Cf. *supra* § 40.

975 CHERPILLOD, *Propriété intellectuelle*, N 21.

976 SALVADÉ, *Droit d'auteur et technologie de l'information*, p. 7.

préexistant et la favorisation de nouvelles créations »[977]. Par ailleurs, il convient de souligner que l'analyse de l'œuvre transformative, en tant qu'elle dérive d'une œuvre originale, participe également au maintien de l'équilibre entre les prérogatives des auteurs et la favorisation de l'innovation, dans la mesure où, tel que cela ressort de la jurisprudence américaine récente, *« [t]he more the appropriator is using the copied material for new, transformative purposes, the more it serves copyright's goal of enriching public knowledge and the less likely it is that the appropriation will serve as a substitute for the original or its plausible derivatives* »[978].

§ 410 Le constat exprimé par SALVADÉ s'avère d'autant plus pertinent dans l'environnement virtuel au regard du potentiel créatif des œuvres numériques. S'il ne peut être à ce jour affirmé que les *outputs* générés par IAGen, les NFTs ou une imitation de style par un système d'IAGen constituent indéniablement des œuvres dérivées numériques, ces éléments apportent à tout le moins la preuve qu'il existe désormais des nouvelles formes virtuelles de créativité contribuant au développement de l'art et de la science. En effet, qu'il s'agisse de l'IAGen en tant qu'outil créatif à disposition des artistes ou du TDM servant à l'extraction de données de recherche pour la rédaction d'une étude scientifique, ces outils « poursuivent des finalités qui pourraient relever de l'intérêt général (…) »[979].

II. Un équilibre en évolution

§ 411 À la lumière des progrès technologiques, il nous apparaît essentiel d'encourager et de prendre en compte la poursuite de ces objectifs dans l'application du droit d'auteur, et ce pour deux raisons principales.

§ 412 Tout d'abord, ces élans d'innovation, en particulier en matière d'IAGen[980], ne semblent pas tarir ; bien au contraire, les utilisateurs sont avides de nouveautés et les programmeurs cherchent sans cesse à améliorer leurs créations. À titre d'exemple, de nombreux outils d'intelligence artificielles sont régulièrement mis à jour et les nouvelles versions sont toujours plus performantes[981]. En ce sens, c'est l'intérêt public que l'on cherche à satisfaire, étant précisé que cette notion évolue également face aux changements découlant du numérique, notamment l'*Open Access* et la démocratisation de l'information au sein

977 SALVADÉ, *Droit d'auteur et technologie de l'information*, p. 7.

978 *Authors Guild v. Google*, § 214 ; *AWF v. Goldsmith*, 2023, p. 18.

979 LÉGER, p. 51.

980 ENTHOVEN, pp. 15-17.

981 Cf. *supra* § 294.

de l'industrie de l'intelligence artificielle ; la définition de l'« intérêt public » doit en effet s'aligner avec les intérêts collectifs approuvés et mis en avant par la société[982]. Au vu de ce qui précède, il nous semble plus judicieux de se familiariser avec les nouvelles technologies et les changements qui les accompagnent, plutôt que de s'y opposer sans même tenter d'en saisir l'utilité ni le potentiel, au risque de lutter à contre-courant. Par ailleurs, nous sommes d'avis que les progrès scientifiques et artistiques présentent un intérêt tout à fait concret en faveur des auteurs d'œuvres dérivées, dans la mesure où la prise en compte de cette corrélation permettrait de justifier des nouvelles dérogations aux droits d'auteur, en sus des restrictions légales déjà existantes[983]. En effet, selon les termes de SAG, *« [i]n the digital age, innovation and freedom of expression appear to increasingly demand the use, reinterpretation and re-mixing of copyrighted content »*[984], c'est-à-dire des opérations couvertes par les droits exclusifs des auteurs des œuvres protégées auxquelles les possibilités d'exceptions sont encore trop limitées. Bien entendu, il convient également de maintenir une certaine stabilité de l'autre côté de la balance, à savoir dans le camp des auteurs des œuvres originaires.

§ 413 À titre d'exemple, l'utilisation du style d'un artiste offre une marge de manœuvre qui saurait satisfaire les deux parties. En effet, il pourrait, comme exposé plus haut, faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur spécifiquement dans l'environnement numérique, soit uniquement lorsqu'une œuvre *digitale* reprend l'identité stylistique d'une œuvre préexistante associée à un artiste[985]. En retenant cette application stricte de la protection du style, l'encouragement des progrès technologiques et artistiques serait assuré sans avoir à craindre que le développement des divers styles artistiques ressortant des œuvres *analogiques* soit affecté ; celles-ci pourraient toujours servir de sources d'inspiration les unes aux autres, comme c'était le cas jusqu'à ce jour. Pour parvenir à une interprétation aussi extensive du droit d'auteur suisse, une modernisation de la législation en la matière serait nécessaire, mais également souhaitable. À cet égard, le *copyright* américain a une longueur d'avance sur le droit d'auteur européen et devrait être considéré, si ce n'est comme un exemple à suivre, à tout le moins comme une possible alternative.

§ 414 S'agissant des auteurs des œuvres utilisées – notamment des œuvres préexistantes servant à la création d'œuvres dérivées, comprendre la nature de ces changements et leur impact sur la protection de leurs créations leur per-

982 DERMAWAN (abstract).

983 LÉGER, p. 51.

984 SAG, p. 3.

985 Cf. *supra* § 401 ss.

mettrait de mieux anticiper les atteintes et de faire valoir leurs prérogatives de manière adéquate. Du côté des tiers faisant usage du style ainsi protégé, la flexibilité recherchée se refléterait dans la possibilité de faire valoir une disposition de type *fair use*, que nous développerons ci-après[986]. De manière générale, nous sommes d'avis qu'un élargissement du monopole de l'auteur tendant à intégrer la protection du style ne s'oppose pas nécessairement à l'introduction, en parallèle, d'une exception de ce type. En effet, une conception plus large du caractère expressif de l'œuvre protégée, qui favoriserait les auteurs en cas de violation potentielle de leurs droits, doit pouvoir être contestée dans une mesure équivalente par les utilisateurs du style de l'œuvre concernée ; cette riposte à l'opposition des auteurs originaires consisterait dès lors en une étape ultérieure du raisonnement. Il convient de préciser que dans un tel cas, il s'agirait uniquement d'offrir aux tiers la possibilité de faire valoir le *fair use* ; ce dernier instrument, comme toute autre exception, ne s'appliquerait pas systématiquement et devrait faire l'objet d'un examen approfondi tenant compte des particularités du cas d'espèce. En somme, la souplesse souhaitée du côté des tiers ne se concrétiserait pas uniquement par l'admission du *fair use* à une situation donnée, mais déjà par la seule analyse qu'impliquerait son application éventuelle.

§ 415 Deuxièmement, nous avons soulevé plus haut que la nature utilitariste du *copyright* se caractérisait en particulier par l'usage de principes commerciaux supposés motiver la production de nouvelles œuvres pour satisfaire l'intérêt public[987]. Certains auteurs parlent à cet égard d'une approche « incitative » (« *Incentive Based Approach* ») du droit d'auteur qui n'offre à l'auteur d'une œuvre protégée qu'un « droit à une exploitation raisonnable de celle-ci » en lieu et place de la liste des droits exclusifs traditionnels (en l'espèce patrimoniaux)[988]. Nous relevons à cet effet que si notre analyse comparative a certes souligné des tendances opposées entre le *copyright* américain et le droit d'auteur européen, ce dernier fonctionne tout de même sur la base d'un volet patrimonial. Ainsi, même si la conception utilitariste du droit d'auteur est plus marquée sur le continent américain, elle se manifeste également en droit suisse à travers la mise en œuvre des droits patrimoniaux et offre donc aussi un environnement favorable au développement d'une approche incitative.

§ 416 Un tel objectif serait à l'avantage des auteurs des œuvres dérivées, qui se verraient alors encouragés à créer ces dernières au nom de l'innovation. Qui plus est, l'approche incitative semble particulièrement compatible avec

986 Cf. *infra* § 417 ss.

987 Cf. *supra* § 148.

988 ROGNSTAD/POORT, pp. 121-122.

l'environnement numérique. En effet, MEZEI explique à ce sujet que *« [i]n an AI-environment, (…) [t]he labour and the utilitarian concepts might look applicable, to a certain level, to emergent works as these theories focus on the reward and the incentives of creation rather than on the creator itself »*[989]. Il résulte de ce qui précède que la motivation à créer est un moteur essentiel de l'innovation. Dès lors, un système trop strict et trop axé sur la personne de l'auteur – qui ne prévoirait donc aucune dérogation résultant des nouvelles technologies – pourrait décourager les auteurs d'œuvres dérivées et de ce fait limiter les progrès, ce qui ne nous paraît pas souhaitable.

Chapitre 2 : Vers une protection inspirée des systèmes étrangers ?

Pour reprendre les termes exacts de LÉGER, déjà partiellement évoqués plus haut[990], « (…) les Humanités numériques[991] poursuivent des finalités qui pourraient relever de l'intérêt général : le progrès de la connaissance, le renforcement de la qualité de la recherche, l'enrichissement du savoir et, partant, du patrimoine commun. Dès lors, cette démarche qui tend vers le développement des savoirs et de la création au sens large peut-elle être prise en compte en tant que telle afin de justifier certaines dérogations au droit d'auteur qui viendraient s'ajouter aux limites légales précédemment évoquées ? »[992]. Selon nous, il convient de répondre à cette dernière question par l'affirmative. En effet, s'il est vrai que la capacité à permettre l'innovation et la compétitivité d'un système donné ne dépendent pas uniquement du contenu de son § 417

989 MEZEI, *Protectability of AI-generated Outputs*, p. 8.

990 Cf. *supra* § 410.

991 L'expression « Humanités numériques » se réfère à un « domaine de recherche et d'enseignement au croisement de l'informatique et des lettres, des arts, des sciences humaines et des sciences sociales, visant à produire et à partager des savoirs, des méthodes et de nouveaux objets de connaissance à partir d'un corpus de données numériques. » (Ministère de la culture, France Terme, Définition des humanités numériques) ; les recherches portant sur l'utilisation des nouvelles technologies en lien avec l'application du droit d'auteur font donc partie de ce domaine.

992 LÉGER, p. 51.

droit d'auteur[993], une flexibilité accrue aurait certainement, malgré tout, un impact positif sur les progrès technologiques et artistiques. Plus précisément, nous sommes d'avis que certains instruments législatifs issus de systèmes étrangers présentés dans cette étude méritent d'être considérés avec attention. Comme l'explique DE WERRA, *« [i]f copyright law shall continue to serve as a policy tool to reward human creativity, additional tools may need to be adopted to implement this objective »*[994].

§ 418 Sous l'angle du droit anglo-saxon, nous nous sommes intéressée au *fair dealing* anglais d'une part[995], et au *fair use* américain d'autre part[996]. Au regard du premier, la transposition d'un instrument de type *fair dealing* en droit suisse supposerait l'élaboration d'une disposition spéciale permettant une analyse portant sur le caractère *« fair »* du comportement d'un auteur secondaire dans certaines situations précisément listées. Il s'agirait alors, à l'instar de la loi anglaise, de vérifier que la nature de l'usage litigieux est bien non-commerciale et que l'œuvre secondaire ainsi créée reflète une reconnaissance suffisante (*« sufficient acknowledgement »*) de l'œuvre originale. Nous avons indiqué les différentes situations potentiellement couvertes par l'exception de *fair dealing* anglais, à savoir la recherche à des fins privées, la critique, l'analyse, la citation, le *« news reporting »*, ainsi que la caricature, la parodie ou le pastiche. Pour que ce type d'exception revête une pertinence pour le sujet de notre recherche, la transposition en droit suisse supposerait l'ajout d'un cas de figure supplémentaire portant sur les œuvres créées dans l'univers numérique, qui pourrait cas échant s'appliquer aux œuvres dérivées de nature virtuelle. Cette alternative présente l'avantage d'offrir non seulement une certaine marge de manœuvre en faveur des auteurs secondaires, mais également des limites légales permettant, dans un cas d'espèce, de satisfaire les intérêts des auteurs originaires.

§ 419 Malgré la sécurité juridique accrue qu'offre le *fair dealing* de par l'énumération exhaustive des cas d'application aux art. 29, 30 et 30A CDPA, la flexibilité du *fair use* nous paraît plus adéquate au regard des performances actuelles des nouvelles technologies et de la favorisation de l'innovation. En effet, puisque cette doctrine a la particularité de pouvoir trouver application dans des cas de figure entièrement nouveaux, l'introduction d'une disposition prévoyant une exception du type *fair use* permettrait d'éviter les conséquences d'un décalage croissant entre la réalité des développements numériques et la pro-

993 ROSATI, p. 17.

994 DE WERRA, *Artificial Intelligence & Intellectual Property*, p. 3.

995 Cf. *supra* § 91 ss.

996 Cf. *supra* § 154 ss.

tection effectivement accordée aux œuvres originaires protégées ainsi qu'aux œuvres dérivées nouvellement créées dans l'environnement digital.

§ 420 Le scénario qui nous intéresse ici est celui dans lequel une œuvre dérivée numérique serait générée par un système d'IAGen. Après avoir écarté les hypothèses non concluantes, nous avons retenu qu'un *output* ainsi créé pourrait notamment exister et être protégé à titre d'œuvre dérivée digitale – toujours abstraction faite, pour l'instant, de la question de la paternité de cette dernière – lorsqu'il s'agit d'une adaptation reprenant un style reconnaissable tiré des données d'entraînement. Dans un tel cas, l'exception de type *fair use* serait exclusivement appliquée en lien avec les outils d'intelligence artificielle générative. Lors de notre analyse de cette hypothèse, nous avons relevé que le caractère productif (par opposition à consomptif) de l'usage des données d'entraînement de modèles d'IAGen pouvait constituer une nouvelle finalité distincte, en lien avec le critère de la transformativité. En effet, selon le facteur du but et du caractère de l'usage de l'œuvre protégée, une œuvre nouvellement produite peut être sujette au *fair use* si elle est suffisamment transformative dans sa finalité[997]. Il s'agit dès lors de déterminer si une œuvre dérivée numérique reprenant des éléments de style d'une œuvre préexistante opère sous cet angle un usage productif de cette dernière et remplit donc cette condition, cet examen devant être effectué au cas par cas. Les critères de la nature et du volume de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée, comme déjà mentionné plus haut dans ce travail, ne jouent pas de rôle majeur dans l'analyse du *fair use*. Pour ce qui est du facteur de l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur, il s'agirait de démontrer dans quelle mesure la génération de l'œuvre dérivée porte effectivement atteinte au marché potentiel de l'œuvre originaire protégée, une fois de plus selon les circonstances de chaque cas d'espèce.

§ 421 La modernisation du droit d'auteur en Europe à l'ère du numérique n'est pas une thématique récente ; en Irlande, une proposition allant dans le sens ce que nous venons d'exposer a été formulée en 2013 dans un rapport établi par le *Copyright Review Committee*[998], en charge du projet de modernisation. Dans ce rapport, le *Committee* préconisait, parmi d'autres recommandations, l'introduction d'une « exception d'innovation » ainsi que d'une disposition de type *fair use*, qui supposait toutefois l'application de davantage de facteurs, allant jusqu'au nombre de huit[999]. Le cas de l'Irlande est en ce sens représentatif de la tension existant en Europe entre le système fermé d'exceptions

997 Cf. *supra* § 212 ss.

998 COPYRIGHT REVIEW COMMITTEE, *Modernising Copyright*.

999 ROSATI, p. 9.

légales et un besoin d'assouplissement à l'aide d'un nouvel instrument légal[1000]. Il est certes vrai que la nécessité de réviser le droit d'auteur ne fait que s'accentuer au rythme des avancées technologiques ; il ne s'agit toutefois pas de procéder à des transformations drastiques du système actuel. Il ressort en effet également du rapport du *Copyright Review Committee* irlandais que les modifications proposées ont volontairement été élaborées dans le respect du cadre existant en la matière, notamment dans les limites posées par le droit européen[1001]. C'est également l'approche que nous préconisons au regard de la situation en droit suisse. Il convient à cet égard de souligner que toute forme d'introduction d'une disposition de type *fair use* suppose de se demander si cette doctrine « conserverait les [mêmes] qualités dont elle jouit aux États-Unis [en étant] transposée dans une nouvelle juridiction »[1002]. Un équilibre doit donc également être recherché sous l'angle de l'efficacité de sa mise en œuvre dans un système européen.

§ 422 Plus précisément, la rédaction d'un article inspiré du *fair use* impliquerait d'établir un libellé clair dont le sens serait le plus univoque possible aux yeux des acteurs concernés (que ce soit les juges, les défenseurs ou les utilisateurs eux-mêmes). L'interprétation des termes choisis se ferait toutefois toujours à la lumière des normes institutionnelles, éthiques et culturelles de la Suisse en matière de droit d'auteur, ainsi que de la compréhension de ce domaine d'un point de vue politique et philosophique. Les ressources mises en œuvre pour la gestion du droit d'auteur par les institutions compétentes seraient également déterminantes[1003]. En somme, « l'impact des modifications de la loi [écrite] [dépendrait] de la mesure dans laquelle ces modifications [seraient alignées avec] les attitudes et les pratiques existantes »[1004].

§ 423 En outre, les garde-fous supplémentaires issus de la littérature américaine en matière de *fair use* (l'usage expressif ou non expressif, productif ou consomptif de contenus protégés[1005], le caractère *AI assisted* ou *AI generated* des *outputs* générés[1006], etc.) ainsi que la possibilité d'ajouter de plus nombreux facteurs d'analyse (comme dans la proposition du *Copyright Review Committee* irlandais) présenteraient l'avantage d'assurer une application adéquate au cas par cas de la nouvelle disposition.

1000 ROSATI, p. 10.

1001 ROSATI, p. 12.

1002 HUDSON, p. 311.

1003 HUDSON, p. 311 ss.

1004 HUDSON, p. 323.

1005 Cf. *supra* § 331 ss.

1006 Cf. *supra* § 326 ss.

Concernant le dernier point délicat de la paternité de l'œuvre dérivée numérique, il s'agirait là aussi de moderniser la notion stricte d'auteur d'une œuvre protégée et d'envisager l'application du lien de création causal à l'utilisateur du système d'IAGen, tel que discuté plus haut. Ce constat prend tout son sens dans notre hypothèse relative à la reprise du style d'une œuvre protégée dans la mesure où l'utilisateur serait alors à l'origine du choix stylistique appliqué à l'*output* généré, et, comme nous l'avons souligné, une telle sélection constituerait *a priori* une forme de création de l'esprit au sens du droit d'auteur[1007]. La conception des systèmes d'IAGen comme étant de simples outils de création au service des utilisateurs vient également appuyer cette approche[1008]. § 424

Hormis cette proposition, qui demeure théorique et extra-légale, nous avons discuté plus haut du droit *sui generis*, introduit notamment par la loi ukrainienne et qui attribue les droits patrimoniaux découlant de l'*output* à certaines personnes physiques déterminées[1009] ; il s'agit donc de décerner la *titularité* des droits sur l'œuvre protégée. Cette alternative présenterait l'avantage d'écarter les problèmes liés aux droits moraux puisque ce n'est pas la *paternité per se* de l'œuvre générée par IAGen qui serait revendiquée dans ce cas-là. À notre sens, l'inscription dans la loi et la mise en œuvre d'un droit *sui generis* pour les œuvres générées par des « ordinateurs » (ce terme faisant notamment écho à la formule utilisée à l'art. 9 § 3 CDPA[1010]) clairement délimité serait un moyen efficace de rattacher l'œuvre à une personne physique sans devoir remettre en question la notion d'auteur telle qu'elle est appréhendée en droit suisse. Ainsi, les œuvres dérivées numériques potentiellement créées au moyen d'un système d'IAGen pourraient exister sans devoir faire face à l'obstacle de la paternité traditionnelle, qui ne peut être attribuée qu'aux œuvres nées de la main d'une personne physique. Par ailleurs, un tel contournement d'un principe clé au moyen d'un droit *sui generis* n'est pas un mécanisme inconnu à notre système de droit d'auteur ; en effet, depuis la révision de 2019, les photographies et les œuvres visuelles semblables bénéficient de la protection accordée par la LDA même lorsqu'elles ne revêtent pas de caractère individuel[1011]. § 425

En somme, il apparaît que si des nouvelles normes de type *fair use* ou *sui generis* devaient être adoptées, elles seraient assurément appliquées avec la même rigueur que toute autre disposition de la LDA. En ce sens, les risques de § 426

1007 Cf. *supra* § 401 ss.

1008 Cf. *supra* § 328.

1009 Cf. *supra* § 346 ss.

1010 Cf. *supra* § 321 ss.

1011 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 27.

violation du droit d'auteur ne seraient, à notre sens, pas forcément plus élevés qu'ils ne le sont en l'état. Le principal avantage d'un nouveau texte légal adoptant les dispositions proposées résiderait dans la compatibilité accrue du droit d'auteur suisse avec l'environnement numérique, qui constitue l'objectif visé par ce travail.

§ 427 Nous avons, tout au long des chapitres qui précèdent, soulevé les avantages et inconvénients de chacune des propositions précitées ; leur mise en balance, leur formulation exacte et le choix d'une solution finale iraient au-delà du but de notre recherche. Nous espérons toutefois avoir apporté, si ce n'est des arguments convaincants quant à la modernisation du droit d'auteur suisse, à tout le moins un éclairage utile sur la nature des œuvres dérivées à l'heure du numérique et les nouveaux modes de création, ainsi que sur les instruments légaux qui présenteraient une pertinence à leur égard.

Conclusion

Chapitre 1 : Rappel de la problématique et spécificités de notre démarche

Nous avons introduit dans ce travail plusieurs distinctions qui, mises bout à bout, constituent en réalité le fil conducteur de notre problématique. En effet, les deux parties principales de notre étude séparent tout d'abord l'ère analogique de l'ère numérique. L'émergence des nouvelles technologies dans le domaine du droit d'auteur a donné naissance à de nouvelles interactions entre les auteurs et les utilisateurs, en particulier de nouvelles façons de faire usage des œuvres protégées. Il en résulte que les créations littéraires et artistiques telles que définies par la loi fédérale sur le droit d'auteur peuvent désormais également exister sous une forme digitale. Les conséquences sont multiples, et les angles d'analyse innombrables. Dans la mesure où nous nous intéressons particulièrement aux points de comparaison, l'examen du processus créatif permettant de faire dériver un résultat d'une œuvre originale nous a semblé être l'approche la plus pertinente au regard des notions de transformation, d'adaptation et de manière plus générale, de créativité. Par définition, une œuvre dérivée contient en elle-même des éléments reconnaissables tirés de l'œuvre originale ; ainsi, même entre des éléments opposés, un lien subsiste toujours. C'est à la lumière de ce paradoxe que nous avons procédé à l'examen des autres dichotomies exposées dans ce travail. § 428

Selon la définition appliquée dans ce travail, une œuvre dérivée digitale ou digitalisée est la forme dérivée d'une œuvre originale existant déjà dans l'environnement numérique et la version numérique (transformée) d'une œuvre originale analogique, respectivement. Cette distinction entre l'œuvre dérivée analogue et digitale/digitalisée constitue le cœur de notre recherche ; quelles sont les formes de la seconde catégorie identifiables à ce jour ? Avant de répondre à cette question, il nous paraissait essentiel de tout d'abord déterminer en quoi le traitement – soit la qualification et la protection – des œuvres dérivées existant dans l'environnement virtuel était différent du cadre légal couvrant les œuvres dérivées analogues. Notre analyse a démontré que la loi fédérale sur le droit d'auteur, telle qu'elle existe à ce jour, se § 429

montre restrictive vis-à-vis des œuvres créées dans l'environnement numérique ; plus précisément, l'application des exceptions aux droits exclusifs des auteurs leur est très limitée, dans la mesure où aucune d'entre elles ne couvre le cas spécifique des créations littéraires et artistiques virtuelles et que l'extension des exceptions existantes ne suffit pas. À partir de ce constat, notre étude a donc été guidée par l'interrogation suivante : en quoi le droit d'auteur suisse ne permet-il pas l'application des exceptions légales au bénéfice des œuvres dérivées numériques ou numérisées – au même titre que les œuvres dérivées analogues – et, pour autant que cela soit admis comme une nécessité, de quelle manière peut-on étendre ou améliorer cette application de la loi ?

§ 430 Au sein de la première partie de ce travail, consacrée à l'œuvre dérivée à l'ère analogique, nous avons comparé d'une part, le paradigme européen du droit d'auteur, et d'autre part, le paradigme américain du *copyright*. Ce procédé nous a permis de mettre en évidence le système anglo-saxon et ses avantages vis-à-vis de notre problématique. Nous sommes parvenue à la conclusion que, malgré le scepticisme de la doctrine européenne sur le sujet, le cadre légal de la *common law* et les instruments juridiques créés par ce système *(fair use, fair dealing)* sont plus à même d'appréhender les nouvelles formes de créativité existant dans l'univers digital et devraient à ce titre servir d'inspiration. En particulier, nous avons souligné le fait que malgré des paradigmes *a priori* opposés, les conceptions européenne et américaine du droit d'auteur se sont déjà mutuellement influencées par le passé.

§ 431 C'est finalement grâce aux éclairages de la littérature anglaise et américaine sur la thématique des œuvres créées dans l'environnement digital que nous avons pu obtenir des réponses quant à leur existence et donner un sens concret à notre raisonnement. Après avoir parcouru le panorama des outils digitaux concernés, notre attention s'est portée plus spécifiquement sur le Web 3.0, soit les œuvres associées aux NFTs et les *outputs* générés par IAGen. Nous sommes en effet parvenue à la conclusion que les premières constituent un scénario possible d'œuvres dérivées digitalisées (pour autant que le *minting* puisse être qualifié de processus créatif) et que les secondes peuvent revêtir, selon les circonstances, le statut d'œuvres dérivées digitales (à condition qu'un auteur humain puisse être identifié). Au terme de cette analyse, nous nous sommes penchée sur le cas spécifique de l'imitation du style dans l'univers numérique, en particulier par les systèmes d'intelligence artificielle, en tant que méthode de création d'œuvres dérivées digitales. À notre sens, au vu de la récurrence de ces cas de figure, il existe un besoin concret d'adapter les dispositions légales applicables à la protection des œuvres dérivées existant sous forme digitale. Nous sommes toutefois d'avis que des garde-fous, à savoir

des critères d'analyse supplémentaires, doivent être mis en place pour éviter un assouplissement trop radical du droit d'auteur suisse.

§ 432 Pour appuyer les conclusions qui précèdent, nous nous sommes principalement fondée sur les écrits de SAG portant sur la nécessité, dans le contexte des nouvelles technologies tendant vers l'innovation et de la reproduction fréquente de contenus protégés par le droit d'auteur sur Internet, d'adopter des instruments légaux plus flexibles – tels que le *fair use* – pour permettre la réalisation de ces opérations d'une part et de mieux les encadrer d'autre part[1012]. À notre sens, ce raisonnement est également applicable à la création des œuvres dérivées virtuelles. À l'inverse, nous ne partageons pas l'avis de HUGENHOLTZ et SENFTLEBEN, selon qui le système d'exceptions prévalant à ce jour en Europe offrirait déjà la souplesse nécessaire au traitement des œuvres sous leur forme digitale[1013].

§ 433 Puisque notre recherche tend vers l'introduction d'une disposition de type *fair use* en droit suisse, une mise en balance des avantages et inconvénients de cet instrument légal alternatif s'est avérée essentielle. À cet effet, l'analyse de NETANEL nous a paru particulièrement pertinente. Il en ressort principalement que malgré l'imprévisibilité qui peut découler de son application, le *fair use* suit toutefois certains raisonnements qui se sont instaurés dans la pratique régulière des tribunaux[1014]. Si les autorités de jugement suisses devaient à leur tour assurer ce rôle, il ne fait aucun doute que la rigueur de leur analyse assurerait également une cohérence dans la jurisprudence relative à l'application d'une disposition de cette nature. L'arrêt de la Cour Suprême américaine dans l'affaire *AWF v. Goldsmith* a en outre souligné les risques possibles de dérives dans l'appréciation du caractère transformatif d'une œuvre, rendant floue la limite entre l'application du *fair use* (§ 107 du Titre 17 U.S.C.) et le droit de s'opposer à la création d'une œuvre dérivée (§ 106 (2) du Titre 17 U.S.C.) ; si l'on devait tracer un parallèle avec le droit suisse, il conviendrait donc également de veiller à ne pas vider l'art. 11 al. 1 let. b et al. 2 LDA de sa substance.

§ 434 À cet égard, c'est notamment à travers le *case law* américain présenté tout au long de cette étude que nous avons pu mettre en lumière les enjeux en lien avec l'application du *fair use* aux données d'entraînement d'une part – permettant dès lors potentiellement la création d'œuvres dérivées digitales découlant des contenus faisant partie de ces données – et ceux qui concernent le traitement des résultats ainsi générés par le droit d'auteur d'autre part. S'agissant des *inputs*, nous nous sommes appuyée sur les propos de SOBEL

1012 Cf. *supra* § 196.

1013 Cf. *supra* § 209.

1014 Cf. *supra* § 174.

quant aux éléments à prendre en compte dans l'examen du *fair use* dans ce contexte spécifique. En effet, cette source démontre l'importance de distinguer l'usage expressif de l'usage non-expressif, puis également l'usage productif et consomptif d'une œuvre préexistante à des fins d'entraînement de modèles d'IAGen[1015]. Pour ce qui est des *outputs*, l'OMPI ainsi que d'autres sources tels que les écrits de MAGGIORE ou du *U.S. Copyright Office* exercent une distinction entre les œuvres créées avec le support de l'intelligence artificielle de celles intégralement générées par celle-ci, sans intervention humaine majeure[1016]. À notre sens, nos conclusions quant à la protection des œuvres créées par IAGen ne devraient être applicables qu'aux œuvres dites *AI assisted*, dans la mesure où c'est dans ce contexte que le système est utilisé comme un outil de création et qu'il est dès lors possible de rattacher l'œuvre à une personne physique impliquée dans le processus.

§ 435 À ce titre, les articles de MEZEI ainsi que de BONADIO et MCDONAGH nous ont largement éclairée sur la question de la paternité de l'*output* généré par IAGen, qui jusqu'alors représentait un obstacle évident à la protection du droit d'auteur. Ces auteurs soulignent en effet le fait que plusieurs personnes physiques sont impliquées dans le processus créatif que réalise le système d'IAGen et qu'il existe dès lors un lien causal entre l'*output* et l'humain qui a contribué de manière objective à sa création ; ainsi, pour autant que le degré d'implication soit jugé suffisant, le statut d'auteur pourrait être attribué à ce dernier[1017]. Selon notre interprétation, et en réponse à la question posée dans notre problématique, ce lien créatif causal pourrait, selon les cas, être appliqué dans le scénario où un utilisateur fait usage d'un système d'IAGen, qui lui servirait alors d'outil de création, pour créer un résultat qui revêtirait la qualité d'œuvre dérivée digitale au sens technique du terme. Sur la base de nos conclusions, celle-ci serait associée à un auteur humain et pourrait exister grâce à l'application d'une disposition de type *fair use* ou *fair dealing*, ou encore au moyen d'un droit *sui generis* qui mettrait tout simplement de côté la question de la paternité de l'œuvre pour ne traiter que de la titularité des droits sur cette dernière. Nous rejoignons la position de HARDMAN et HOUSEL à cet égard[1018].

§ 436 Finalement, nous avons développé l'hypothèse selon laquelle une création littéraire ou artistique reprenant le style d'une œuvre préexistante pouvait potentiellement être qualifiée d'œuvre dérivée – contrairement à ce qui est communément admis – lorsque cette reprise est effectuée dans l'environ-

1015 Cf. *supra* § 331 ss.

1016 Cf. *supra* § 326 ss.

1017 Cf. *supra* § 312 ss.

1018 Cf. *supra* § 350.

nement numérique. Les conditions permettant cette extension des éléments expressifs d'une œuvre ont été étudiées dans le scénario précis des œuvres générées par IAGen[1019].

Il est à noter que notre axe d'analyse spécifique, à savoir la nature de l'œuvre dérivée, nous a amenée à nous intéresser principalement aux restrictions aux droits exclusifs des auteurs en tant que frein au développement de ce type d'œuvre et à des propositions de régulations permettant de les assouplir. C'est la raison pour laquelle nous ne nous sommes pas attardée sur la question de la contrepartie financière en faveur de l'auteur de l'œuvre originale ou des taxes applicables à l'utilisation des systèmes d'IAGen, car c'est davantage l'existence même des œuvres dérivées virtuelles, le cadre légal y applicable ainsi que la réflexion entourant le processus créatif en lien avec cette notion qui ont guidé notre recherche. § 437

Chapitre 2 : Mise en perspective des intérêts en cause

La modernisation de la notion d'œuvre dérivée s'inscrit en réalité dans un tableau plus large, que nous avons décrit dans la troisième partie de notre recherche. Nous avons en effet mis en perspective l'évolution de l'œuvre dérivée dans le contexte d'une autre grande distinction, à savoir l'opposition entre les intérêts des auteurs et les titulaires des droits d'une part, et les tiers faisant usage des œuvres protégées à des fins scientifiques ou artistiques innovantes d'autre part. § 438

Nous avons souligné au tout début de ce travail que l'œuvre dérivée, par opposition aux autres catégories d'œuvres, avait la particularité de créer une tension entre un auteur originaire et un ou plusieurs autres auteurs secondaires. Ainsi, seuls les créateurs d'œuvres littéraires et artistiques sont directement concernés par l'art. 3 LDA. Toutefois, dans la mesure où le droit d'auteur protège avant tout les droits de ces derniers, il serait difficile de justifier un traitement distinct entre les auteurs originaires et secondaires. En d'autres termes, lorsqu'il est fait référence, dans la balance des intérêts, à des tiers faisant usage d'œuvres protégées, il s'agit en réalité d'autres auteurs disposant également de droits exclusifs – en l'espèce sur leur œuvre dérivée – qu'ils ont tout autant le droit de faire valoir. L'encouragement des progrès artistiques par un assouplissement du droit d'auteur favoriserait donc en premier lieu les auteurs eux-mêmes. § 439

1019 Cf. *supra* § 398 ss.

Chapitre 3 : Discussions futures

§ 440 Les conclusions présentées dans ce travail ouvrent la porte à de nombreuses pistes de réflexion complémentaires. L'implémentation des nouvelles dispositions proposées mériteraient de faire l'objet d'une analyse historique détaillée du droit suisse ainsi que de la *common law* ; cela permettrait notamment d'en élaborer un libellé adéquat. En outre, l'application d'un principe théorique tel que le lien de création causal ouvrirait la voie à un examen intéressant du statut d'auteur à l'ère du numérique, ainsi que, de manière plus globale, de la nature des droits moraux par opposition aux droits patrimoniaux dans ce contexte. Les aspects que nous avons volontairement mis de côté – notamment une étude comparée de droit d'auteur impliquant des pays d'Asie et d'Afrique ou l'examen de la rémunération équitable des auteurs dont les œuvres sont utilisées dans le cadre de l'IAGen – peuvent également constituer, à eux seuls, des sujets d'étude extrêmement riches.

§ 441 Bien entendu, la présente recherche est avant tout une invitation à rebondir sur les positions avancées, à les discuter et nuancer. Le dialogue auquel nous avons participé à travers ce travail est en constance évolution et permet, de ce fait, de s'y joindre par toutes sortes d'approches, aussi innovantes soient-elles.

Sur l'auteure

Honor Felisberto a toujours souhaité joindre sa sensibilité pour le domaine artistique à son profond intérêt pour le droit. Après ses études à l'Université de Lausanne, elle a rédigé une thèse de doctorat orientée vers le droit d'auteur et les nouvelles technologies, dans le cadre de laquelle elle a effectué un séjour de recherche au King's College London et participé à de nombreuses manifestations scientifiques.

En dehors de son activité de chercheuse, elle bénéficie d'une expérience pratique au sein de diverses études d'avocats et de tribunaux, ainsi qu'auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle.

Suite à la rédaction de sa thèse, Honor Felisberto demeure active dans l'académique et réalise son stage d'avocate, poursuivant sa spécialisation en propriété intellectuelle.

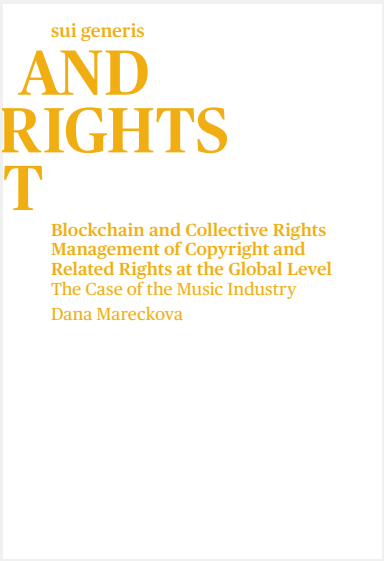
035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: **Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen**

Die Regelung des Eigengebrauchs ist die wichtigste Schranke des schweizerischen Urheberrechts. Sie stellt den Gebrauch urheberrechtlich geschützter Werke durch Private, im Unterricht und innerhalb von Unternehmen und anderen Organisationen weitgehend frei, sieht für gewisse Nutzungen aber Vergütungen vor. Von blossen Fragmenten im ersten Urheberrechtsgesetz bis zur heutigen Regelung wurde die Schranke kontinuierlich erweitert. Treibende Kraft waren der technische Fortschritt, der neue Nutzungshandlungen ermöglichte, und die Entwicklung auf internationaler Ebene. Dieses Büchlein zeichnet die historische Entwicklung nach, stellt die relevanten Quellen zur Verfügung und liefert damit die Grundlagen für eine fundierte historische Auslegung der heutigen Regelung.

Erhältlich als Druckausgabe und
Open Access unter suigeneris-verlag.ch

057 – Dana Mareckova: **Blockchain and Collective Rights Management of Copyright and Related Rights at the Global Level – The Case of the Music Industry**

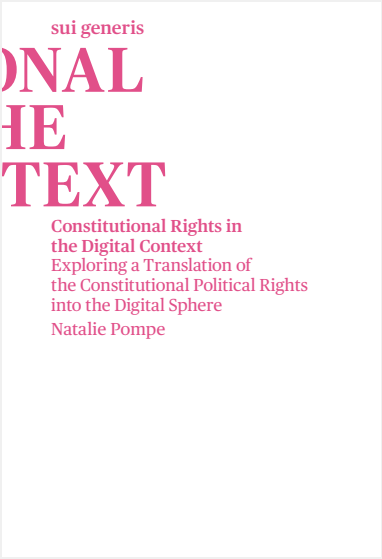
Online music streaming has become an important source of revenue within the music industry, but the necessary licensing of musical works and sound recordings can still be quite cumbersome. The thesis discusses what blockchain is, how it could facilitate global licensing, and whether it could replace or improve the current system of collective rights management.



Available in print and Open Access at
suigeneris-verlag.ch

069 – Nathalie Pompe: **Constitutional Rights in the Digital Context – Exploring a Translation of the Constitutional Political Rights into the Digital Sphere**

The research discusses regulatory deficits at the intersection of constitutional law and its practical affordance in the digital era. This dissertation is based on the legal policy objective of evaluating future regulations in terms of their suitability for the realisation of political rights in the changed digital environment. The dissertation suggests specific evolutions of legal theory to respond to the technological era and ends with a few specific regulatory proposals.



Available in print and Open Access at
suigeneris-verlag.ch

sui generis est une association consacrée à la promotion du libre accès à la littérature juridique, aux décisions de justice, aux décisions officielles et aux documents juridiques. Depuis 2014, une revue juridique en libre accès est publiée sous le label *sui generis*. La maison d'édition *sui generis* a été fondée en 2019.

Les ouvrages juridiques qui sont publiés dans cette collection sont mis à la disposition d'un large public et sont publiés à la fois sous forme imprimée et en ligne. La version numérique est accessible librement dans le monde entier (Open Access). Les droits d'auteur appartiennent aux auteurs ; les œuvres sont publiées sous une licence Creative Commons.

Précédemment publiés dans la collection *sui generis* :

Fondements

019 – APARIUZ XXII: **Unter Gleichen**
025 – Severin Meier: **Indeterminacy of International Law?**
026 – Marc Thommen: **Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)**
028 – APARIUZ XXIII: **Recht in der Krise**
044 – Alex Attinger: **Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und Dogmatik**
051 – APARIUZ XXIV: **Der Prozess**
052 – Arezoo Sang Bastian: **Between Islamic and Secular Law**

Droit public

009 – Dominik Elser: **Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben**
010 – David Henseler: **Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private**
015 – Frédéric Erard: **Le secret médical**
016 – Valentin Botteron: **Le contrôle des concentrations d'entreprises**
017 – Monika Pfyffer von Altishofen: **Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen – mögliche Ursachen und denkbare Auswege**
018 – Kristin Hoffmann: **Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren**
020 – Raphaël Marlétaz: **L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale**
021 – Roger Plattner: **Digitales Verwaltungshandeln**
024 – Marina Piolino: **Die Staatsunabhängigkeit der Medien**
027 – Maja Łysienia: **Seeking Convergence?**
033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: **20 ans de la transparence à Genève**
034 – Nora Camenisch: **Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen**
036 – Jeremias Fellmann: **Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht**
037 – Nils Reimann: **Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory**
040 – Constance Kaempfer: **Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses**
041 – Lukas Valis: **Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer ex-ante Regulierung?**
045 – Corina Ingold: **Das Kompensationsprinzip im Schweizer Raumplanungsrecht**
046 – Miriam Lüdi: **Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und Siedlungsverdichtung**

047 – Luca Ruggiero: **Effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations horizontales européen**
053 – Yannick Weber: **Die Nichtigkeit im öffentlichen Recht**
058 – Olga Uehlinger: **Auswirkungen des BEPS-Projekts der OECD auf die Steuerordnung der Schweiz: Umsetzung des Aktionspunkts 5**
061 – Pauline Meyer: **La cybersécurité des infrastructures critiques et la gestion de cyberincidents en droit suisse**
066 – Roman Schuppli: **Die bevölkerungsnahe Polizei(-arbeit) und ihre Grenzen**
067 – Marc Wohlwend: **Zur Kausalität zwischen psychosozialen Belastungen am Arbeitsplatz und Erkrankungen**
068 – Tobias Egli: **Der Grundsatz der Siedlungsentwicklung nach innen und seine Umsetzung**
069 – Natalie Pompe: **Constitutional Rights in the Digital Context. Exploring a Translation of the Constitutional Political Rights into the Digital Sphere**
070 – Vladislava Talanova: **Biobanques humaines, internormativité et gouvernance. Etude de la gouvernance des biobanques sous l'angle du droit suisse**
071 – Livia Enzler: **Frozen Conflicts in International Law. Challenging Legal Categories in the Post-Soviet Space**
072 – Marisa Beier: **Das Recht auf angemessene Wohnung im UNO-Pakt I. Menschenrechtliche Analyse im Kontext der Obdachlosigkeit**
074 – Raphaël Bagi: **Les droits des personnes LGBTIQ – Propositions en faveur d'une politique suisse cohérente en droit national et international**
076 – Jelena Protic: **La légitimité démocratique des instruments internationaux de droit souple. Quelle contribution de l'Assemblée fédérale suisse ?**

Droit privé

011 – Lorenz Raess: **Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration**
012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: **Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht**
013 – Emanuel Bittel: **Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht**
022 – Nicole Roth: **Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft**
023 – Reto Pfeiffer: **Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)**
030 – Christoph Mettler: **Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess**
035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: **Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen**
038 – Lukas Hussmann: **International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände**
039 – Ruedi Ackermann: **Der Mietvertrag mit mehreren Mietern**
042 – Andreas Wehowsky: **Expedited Procedures in International Commercial Arbitration**
043 – Myriam Christ: **Le profilage dans le cadre d'une procédure d'embauche entre particuliers**
050 – Ricarda Stoppelhaar: **Die Indirekte Stellvertretung**
056 – Saskia Thomi: **Die Verantwortungsgemeinschaft**
057 – Dana Mareckova: **Blockchain and Collective Rights Management of Copyright and Related Rights at the Global Level: The Case of the Music Industry**
063 – Simon R. Lang: **Einordnung und Gestaltung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung**
064 – Johannes Lukas Hermann: **Das pactum de non cedendo im System der Unabtretbarkeit von Forderungen**
073 – Helen Keller / Corina Heri: **Reparation for Climate Change: The Successes and Limits of Litigation**

075 – Dominique Diethelm: **Die audiovisuelle Aufzeichnung strafprozessualer Einvernahmen. Zur Notwendigkeit der Einführung einer Aufzeichnungspflicht**

Droit pénal

014 – Stephan Bernard: **Was ist Strafverteidigung?**
029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: **Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014**
031 – Martin Klingler: **Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren**
032 – Nicolas Leu: **Kritik der objektiven Zurechnung**
048 – Benjamin Clément: **Die strafbare Unterlassung der allgemeinen Lebensrettungspflicht**
049 – Martin Seelmann: **Strafzumessung und Doppelverwertung**
054 – Sonja Mango-Meier: **Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters bei geringfügigen Widerhandlungen gegen das schweizerische Strassenverkehrsrecht durch eine unbekannte Täterschaft**
055 – Sena Hangartner: **Strafrechtliche Dopingbekämpfung in der Schweiz**
059 – Delphine Brun: **Dangerosité : du juge influencé par l'expert au juge indépendant**
060 – Luca Ranzoni: **Gerechte Strafen ohne Gleichheit?**
062 – Marc Thommen: **Der Staatsanwalt als Richter. Dürfen Freiheitsstrafen in Strafbefehlen ausgefällt werden?**
065 – Florian Jenal: **Die privatklägerische Strafklage gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – und einige Überlegungen zur Restorative Justice**
066 – Dominique Diethelm: **Die audiovisuelle Aufzeichnung strafprozessualer Einvernahmen, Zur Notwendigkeit der Einführung einer Aufzeichnungspflicht**

Cet ouvrage est publié dans la collection *sui generis,*
éditée par Marc Thommen.

1ère édition 31 mai 2026
© 2026 Honor Felisberto

La présente thèse de doctorat a été soutenue le 24 octobre 2025 à l'Institut suisse de droit comparé (ISDC), Université de Lausanne (UNIL).
Dans la mesure du possible, il a été tenu compte de l'état de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence au 28 novembre 2025.

Le jury, composé de la Professeure Camille Perrier Depeursinge (présidente du jury), des experts internes Prof. Philippe Gilliéron et Prof. Aurelia Tamò-Larrieux et des experts externes Prof. Ivan Cherpillod et Prof. Yaniv Benhamou, a attribué à cette thèse la mention *magna cum laude*.

Impression de la thèse approuvée par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

Cette œuvre a été publiée en Open Access sous une licence Creative Commons, qui oblige d'identifier l'auteur de l'œuvre sous licence en cas de réutilisation (CC BY 4.0 – https://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

L'étape de prépresse de cette publication a été soutenue par le Fonds national suisse de la recherche scientifique.

ISBN : 978-3-907297-77-3
DOI : 10.38107/077
Lectorat : Jean Perrenoud
Graphisme : Müller+Hess, Basel
Imprimerie : Ebner & Spiegel, Ulm
Entrepôt central de distribution dans l'UE : GVA Göttingen,
Anna-Vandenhoeck-Ring 36, 37081 Göttingen, info@gva-verlage.de.

sui generis Verlag, Viaduktstrasse 21, 8005 Zürich
www.suigeneris-verlag.ch, info@suigeneris-verlag.ch

077

L'ŒUVRE DÉ
À L'ÈRE NUM

Dans sa thèse, Honor Felisberto s'interroge sur l'évolution des processus de création artistique face à l'émergence des nouveaux outils numériques sous l'angle de l'œuvre dérivée – dans sa forme analogique, mais surtout digitale. Cette recherche offre une analyse comparative entre le système européen du droit d'auteur et le système américain du copyright, soulignant les avantages du second, avant de se pencher plus concrètement sur la nature des œuvres dérivées numériques et l'impact des technologies du Web, en particulier de l'intelligence artificielle générative, sur le concept même de créativité. Finalement, la thèse aborde la nécessité de trouver un équilibre entre la protection des droits des auteurs et la favorisation de l'innovation, et propose une modernisation de la notion d'œuvre dérivée et du cadre légal suisse y relatif.

sui generis
ISBN 978-3-907297-77-3
DOI 10.38107/077