

IRIS *extra*

Publié par
l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Les exceptions au droit d'auteur en Russie et la doctrine du « fair use »

IRIS Extra

Les exceptions au droit d'auteur en Russie et la doctrine du « fair use »

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2016

Directrice de publication - Susanne Nikoltchev, Directrice exécutive

Supervision éditoriale - Maja Cappello, Responsable du département Informations juridiques

Equipe éditoriale - Francisco Javier Cabrera Blázquez, Sophie Valais

Observatoire européen de l'audiovisuel

Auteur

Margarita Sobol, Université d'Etat Lomonosov de Moscou

Traduction / Relecture

Aurélie Courtinat, Gianna Iacino, Julie Mamou, Erwin Rohwer, Lucy Turner

Assistante éditoriale - Snezana Jacevski

Marketing - Markus Booms, markus.booms@coe.int

Presse et relations publiques - Alison Hindhaugh, alison.hindhaugh@coe.int

Observatoire européen de l'audiovisuel

Editeur

Observatoire européen de l'audiovisuel

76, allée de la Robertsau F-67000 STRASBOURG

Tél. : +33 (0)3 90 21 60 00

Fax : +33 (0)3 90 21 60 19

Iris.obs@coe.int

www.obs.coe.int

Couverture - P O I N T I L L É S, Hoenheim France

Veillez citer cette publication comme suit

Sobol M., *Les exceptions au droit d'auteur en Russie et la doctrine du « fair use »*, IRIS Extra, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2016

© Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe), Strasbourg, 2016

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.

Les exceptions au droit d'auteur en Russie et la doctrine du « fair use »

Margarita Sobol

Université d'Etat Lomonosov de Moscou



Avant-propos

Toute personne qui souhaite commenter, critiquer ou parodier une œuvre protégée par le droit d'auteur a le droit d'en citer une partie sans obtenir la permission de l'auteur. Ce principe est fondé sur l'idée selon laquelle, sans cette liberté, tout auteur pourrait empêcher l'expression de commentaires négatifs sur son œuvre, ce qui aurait un impact clair sur la liberté d'expression et le pluralisme de l'information. Abordé sous un autre angle, ce droit de citation est une exception à un droit exclusif d'un titulaire de droits : ce qui serait en principe considéré comme une infraction, à savoir l'utilisation de l'œuvre d'un autre auteur sans autorisation préalable, est dans ces circonstances considéré comme légitime.

Cette tension entre droit d'auteur et liberté d'expression, tous deux reconnus comme droits fondamentaux dans divers traités internationaux, explique pourquoi les lois en matière de droit d'auteur sont assorties d'une série de limites. Cela inclut la doctrine de l'usage loyal (« *fair use* ») aux Etats-Unis, et sous-tend également la logique des exceptions au droit d'auteur prévues dans les pays européens ainsi que le principe dit du « libre usage » appliqué en Fédération de Russie.

Selon la Constitution américaine, le principe même du droit d'auteur est « de favoriser le progrès de la science et des arts utiles, en garantissant, pour une période limitée, aux auteurs et inventeurs un droit exclusif sur leurs écrits et leurs découvertes respectifs¹ ». Dans la mesure où le droit d'auteur inclut une limite au droit de copier ou de répliquer une œuvre, on pourrait être amené à penser que, plutôt que d'encourager la créativité, il constitue un obstacle à ce que d'autres créent et s'appuient sur les créations d'autres personnes. Cependant, c'est précisément grâce à l'usage « transformatif » qui est autorisé par les exceptions et limites au droit d'auteur qu'une œuvre nouvelle peut naître.

Selon la doctrine de l'usage loyal, un « usage transformatif » – différent d'une « œuvre dérivée » qui implique également un certain effet transformatif – crée une œuvre nouvelle, originale. Sans cet effet transformatif, le résultat constituerait un plagiat, et donc une infraction au droit d'auteur². Bien avant que ces notions soient introduites dans le droit moderne, le poète Martial écrivait, au sujet de son rival Fidentin, qui avait présenté une œuvre de Martial en public en prétendant en être l'auteur « *Quem recitas meus est, o Fidentine, libellus : sed male cum recitas, incipit esse tuus*³ » (les vers que tu lis sont de moi, Fidentin, mais tu les lis si mal qu'on t'en croirait l'auteur). Cette épigramme illustre clairement que l'auteur se perçoit comme propriétaire de la création originale, mais aussi qu'il s'en distancie dès lors que l'effet transformatif est si évident (et dans ce cas, négatif) qu'il en résulte une œuvre nouvelle, dont l'auteur initial rejette la propriété.

L'objectif d'encourager la créativité apparaît clairement lorsque d'un usage transformatif légitime résulte une nouvelle œuvre. Néanmoins, ce processus doit se produire dans le cadre d'un

¹ Constitution des Etats-Unis, article 1, section 8, clause 8, www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec8.

² Voir Cabrera Blázquez F.J., « Le plagiat : péché original ? », Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2004, www.obs.coe.int/documents/205595/2408826/FCabrera_Plagiarism_EN.pdf/4e9b299b-383b-4193-929a-cba887d33bd0

³ Martialis, *Epigrammata*, 1.38.



périmètre clairement défini, ou alors son effet serait bien différent ; à savoir, une violation des droits exclusifs du titulaire des droits et, par conséquent, une infraction aux règles en matière de droit d'auteur. C'est la raison pour laquelle les limites et exceptions aux droits exclusifs sont possibles dans certains cas particuliers, tant qu'elles n'entravent pas l'exploitation normale de l'œuvre et ne portent pas un préjudice déraisonnable aux intérêts légitimes des titulaires des droits, selon le test dit des « trois étapes » prévu par les Traités de l'OMPI sur le droit d'auteur.

En résumé, la règle est que le droit d'auteur est un droit exclusif, tandis que les exceptions à ce droit peuvent être autorisées dans certains cas particuliers au nom de libertés qui pourraient lui être contradictoires, telles que les libertés d'expression et d'information, de l'éducation et de la recherche, ou en vue de préserver certains environnements, tels que des prisons ou hôpitaux, ou encore des personnes, par exemple souffrant de handicap. Ces exceptions, qui doivent être interprétées de manière restrictive, visent à donner la souplesse requise pour certains usages d'œuvres protégées par droit d'auteur.

La distinction entre infraction au droit d'auteur et copie légitime de parties d'une œuvre protégée dans l'objectif de commenter et/ou de critiquer ou de parodier l'œuvre est au centre de l'article ci-après. Son auteur, Margarita Sobol, traite de la notion de l'usage loyal selon le droit des Etats-Unis et de son équivalent en droit russe, et décrit ces exceptions au droit d'auteur qui cherchent à établir un équilibre entre le droit d'auteur et les autres droits fondamentaux dans ces deux pays, en s'appuyant sur la jurisprudence pertinente.

En adoptant une structure qui permet un examen parallèle des paysages en Russie et aux Etats-Unis, elle se penche tout d'abord sur les principaux concepts sur lesquels s'appuient les notions d'usage loyal et de libre usage, et consacre un chapitre distinct à la question spécifique de la parodie. Une partie importante de l'article étudie l'influence que la DMCA (la loi des Etats-Unis sur le droit d'auteur du millénaire numérique ou *US Digital Millennium Copyright Act*) a eue sur la législation russe, et aborde la question des systèmes de DRM (gestion des droits numériques ou *digital rights management*), des notifications de retrait et des questions sociales qui se posent dans le domaine des médias audiovisuels et des contenus générés par les utilisateurs (*user-generated content* ou UGC). Malgré ces influences, l'article montre que la législation russe en matière de droit d'auteur reste davantage ancrée dans les principes d'exceptions au droit d'auteur de l'Europe continentale plutôt que dans ceux qui découlent de la pratique américaine de la doctrine de l'usage loyal.

La jurisprudence qui s'est développée autour de ces concepts est souvent évoquée dans le cadre du débat en cours sur la manière dont il convient d'adapter le cadre réglementaire actuel de l'UE à l'environnement en ligne. Cet article met en lumière les similitudes et les différences entre ces deux approches et contribue à expliquer pourquoi une transposition de la doctrine de l'usage loyal en droit européen, que beaucoup d'activistes de la liberté d'expression appellent de leurs vœux, risque de se révéler un exercice compliqué.

Strasbourg, avril 2016

Maja Cappello

Coordnatrice IRIS

Responsable du département Informations juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel

Table de matières



1. <i>Fair use</i> aux Etats-Unis contre libre usage en droit russe.....	5
1.1. Introduction générale.....	5
1.2. L'approche du « libre usage » en droit russe	5
1.3. La doctrine du <i>fair use</i> aux Etats-Unis	7
2. L'exception particulière pour parodie dans les médias audiovisuels	9
2.1. La parodie et le <i>fair use</i> aux Etats-Unis	9
2.2. L'exception pour parodie dans le système de la Fédération de Russie	10
3. La DMCA aux Etats-Unis et la loi contre le piratage dans la Fédération de Russie	15
3.1. Exceptions et limites au droit d'auteur et systèmes de gestion des droits numériques (DRM).....	15
3.1.1. <i>Fair use</i> et DRM aux Etats-Unis.....	15
3.1.2. Le recours aux DRM en Fédération de Russie.....	15
3.2. Notifications de retrait	16
3.2.1. <i>Fair use</i> et notifications de retrait aux Etats-Unis.....	16
3.2.2. Notification de retrait en Fédération de Russie.....	17
3.3. Exceptions au droit d'auteur et questions de société impérieuses dans les médias audiovisuels	20
3.3.1. <i>Fair use</i> et intérêt public aux Etats-Unis	20
3.3.2. Exceptions d'intérêt public en Fédération de Russie.....	21
3.4. Contenus générés par les utilisateurs (UGC).....	21
3.4.1. Les UGC dans le cadre de la doctrine du <i>fair use</i> aux Etats-Unis.....	21
3.4.2. Fédération de Russie.....	23
4. <i>Fair use</i> aux Etats-Unis : droit ou défense affirmative ?.....	25
5. Conclusions	27





1. *Fair use* aux Etats-Unis contre libre usage en droit russe

1.1. Introduction générale

Les principes universels du droit d'auteur sont consacrés en droit international. Cependant, il existe deux traditions juridiques dominantes en matière de droit d'auteur dans le monde : le modèle du *copyright* anglo-saxon et le modèle des droits d'auteur de l'Europe continentale. La première approche domine dans les pays de *common law* et l'approche fondée sur les droits d'auteur prévaut dans les pays d'Europe continentale et sud-américains. L'une des différences importantes porte sur la manière dont sont traitées les exceptions et les limites du droit d'auteur et sur la logique sur laquelle repose la législation relative à l'usage loyal. La tradition anglo-saxonne du *copyright* se fonde à cet égard sur la doctrine de *common law* de l'usage loyal, appelé « *fair use* » aux Etats-Unis ou « *fair dealing* » au Royaume-Uni, dont les origines remontent à la jurisprudence anglaise du 18^e siècle⁴.

Dans le système juridique américain, le *fair use* est conçu comme une clause générale englobant les exceptions et limitations au *copyright*, tandis que les systèmes d'Europe continentale prévoient une liste précise des exceptions et limites au droit d'auteur.

Aux Etats-Unis, cette doctrine a été entérinée au niveau législatif en 1976 dans le cadre de la loi sur le droit d'auteur (*US Copyright Act*), à la suite de l'adhésion des Etats-Unis à la Convention de Berne. Le système de droit d'auteur de la Fédération de Russie s'inscrit dans la tradition juridique continentale.

1.2. L'approche du « libre usage » en droit russe

La section IV du Code civil de la Fédération de Russie (ci-après CC⁵) prévoit une série d'exceptions et de limitations légales. Elles incluent l'utilisation d'œuvres protégées dans le cadre d'un usage privé, dans un objectif éducatif ou de recherche, dans le contexte de reportages, du stockage de copies dans des bibliothèques et archives, pour répondre aux besoins des personnes non voyantes, dans le cadre de performances au cours de cérémonies officielles ou religieuses, en vue de l'application de

⁴ Deazley R. On the origin of the right to copy: charting the movement of copyright law in eighteenth-century Britain (1695-1775). — London. — 2004. — p. 54.

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2006 г. N 230-ФЗ Часть четвертая (Code civil de la Fédération de Russie, Section IV), Ros. Gaz., N4255, 22 décembre 2006, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Disponible en anglais sur : <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru083en.pdf>. Disponible en russe sur :

https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/.



la loi etc. Certains de ces cas de figure sont considérés comme des « usages libres », ce qui signifie que les œuvres protégées peuvent être utilisées sans l'autorisation du détenteur des droits et sans compensation financière mais à la condition que soient indiqués l'auteur/le titulaire des droits et la source des matériels⁶. L'usage libre est généralement assez limité en termes de portée et de moyens.

En parallèle, il existe dans la législation russe une exception au droit d'auteur qui requiert une compensation équitable. L'article 1326 du CC prévoit que l'exécution publique ou la radiodiffusion d'un enregistrement sonore publié dans un objectif commercial est possible sans permission du détenteur des droits « mais moyennant le paiement d'une redevance à cet effet ». La redevance est collectée par les organismes de gestion collective sauf dans les cas où le titulaire des droits décline leurs services : il s'agit du système d' « *opt-out* ». Une telle limitation ne saurait être considérée comme un usage libre dans le cadre du droit d'auteur dans la mesure où elle implique le paiement d'une redevance.

Un prélèvement spécial de 1% de la valeur est également imposé aux ventes de tout équipement capable de stocker ou de reproduire/diffuser des œuvres audiovisuelles pour un usage privé. Cette redevance compense les titulaires de droits pour les pertes induites par les copies privées et doit leur être versée par les fabricants et importateurs d'équipements et de supports média vierges utilisés pour la reproduction/diffusion ; il s'agit du droit dit de rémunération découlant de l'article 1245 du CC.

L'article 1274 du CC autorise « la citation de l'œuvre originale ou d'une traduction de celle-ci pour des motifs scientifiques ou critiques ou en vue de débattre ou d'informer » mais uniquement pour « les œuvres légalement publiées et dans une mesure justifiée par l'objectif de la citation ». Par exemple, l'utilisation d'œuvres en tant qu'illustrations n'est permise que dans les publications, diffusions radio ou télévisées, et les enregistrements sonores et vidéo de nature et à portée *éducatives*.

La reproduction d'articles et d'œuvres audiovisuelles dans les différents médias d'information n'est autorisée que dans le cadre de reportages portant sur les « sujets d'actualité économique, politique, sociale et religieuse ». Cela signifie que l'utilisation de sujets ou d'articles archivés ou de toute œuvre en vue de traiter d'autres sujets est prohibée.

Dans le même temps, plusieurs exceptions sont considérées comme d'une importance cruciale pour que les médias soient en mesure de rendre compte de l'actualité : elles comprennent l'usage libre d'œuvres vues ou entendues en lien avec l'actualité et d'œuvres situées de manière permanente dans des lieux ouverts au public, par exemple des rues ou des places – ou visibles depuis de tels lieux. Cette règle ne s'applique pas quand l'œuvre en question est l'objet essentiel de la reproduction ou quand l'image de l'œuvre est utilisée à des fins commerciales.

Depuis 2008 (date de l'entrée en vigueur de la section IV du CC), il est également possible d'utiliser des matériels protégés dans un objectif de parodie/caricature dans des œuvres littéraires, musicales ou autres. Cette nouveauté juridique de tout premier ordre autorise les parodistes à utiliser des œuvres protégées sans l'autorisation des titulaires des droits. Cependant, si l'auteur de l'œuvre originale estime la parodie offensante, il ou elle peut chercher à protéger son honneur, sa dignité et sa réputation commerciale auprès d'un tribunal (article 152 du CC).

Dans le cadre de l'application des exceptions de libre usage, la loi dispose que « les restrictions des droits exclusifs portant sur des œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques, ainsi que sur des objets protégés par des droits voisins, doivent être prévues dans certains cas

⁶ Aux Etats-Unis, le terme « libre usage » a une autre signification : il renvoie à l'utilisation d'œuvres du domaine public. Voir Wilson L., "Fair use, free use and use by permission : How to handle copyrights in all media". Allworth Press, New York, 2005. – p. 12.



particuliers, à la condition que de telles restrictions n'aillent pas à l'encontre de l'usage normal des œuvres ou objets des droits associés et qu'elles ne portent pas atteinte sans raison valable aux intérêts légitimes des détenteurs de droits » (paragraphe 5, article 1229 du CC).

Cette disposition a été incluse dans le CC afin de tenir compte des exigences posées par l'article 10 du Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur⁷ et l'article 13 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce⁸, mais les dispositions de l'article 1229 du CC sont largement séparées des dispositions réglementant le libre usage en tant que telle. C'est pourquoi cet aspect clé est quasiment passé à l'oubli et rarement repris dans la jurisprudence.

Jusqu'en 2014, le CC ne comprenait aucune disposition régissant le libre usage dans les médias en ligne (sauf pour les citations). Un tel *vide juridique* s'est soldé par une interprétation erronée, par les tribunaux, d'autres dispositions du CC. Par exemple, des juges (jusqu'au niveau de la Cour Suprême⁹) ont parfois considéré à tort qu'internet constituait un espace ouvert, accessible au public au même titre que les parcs, les places et les expositions en plein air¹⁰.

1.3. La doctrine du *fair use* aux Etats-Unis

Une autre approche a été retenue aux Etats-Unis. Une disposition juridique relative à l'usage loyal issue du titre 17 du Code des Etats-Unis (§107) se contente de poser le principe, issu de la tradition de *common law*, de la prise en compte par les tribunaux du *fair use*. Le Congrès souhaitait que ceux-ci tiennent compte de quatre facteurs : l'objectif et la nature de l'usage ; la nature de l'œuvre protégée ; la quantité et l'importance de la portion utilisée ; et l'effet de cet usage sur le marché potentiel. De nombreux chercheurs soulignent que la disposition §107 n'est qu'une simple « reconnaissance légale » de la doctrine, dans une forme qui reprend certains des critères développés auparavant par les tribunaux. Ces quatre facteurs, ou tests, ne sont pas contraignants. Les tribunaux sont libres de conclure au *fair use* sur la base de facteurs entièrement différents¹¹.

Le juge Pierre Laval a notamment décrit le premier facteur comme « l'âme du *fair use*¹² ». Il a souligné qu'une évaluation minutieuse était nécessaire pour déterminer « si la citation en question était d'une nature transformative, propre à faire avancer la connaissance et progresser les arts, ou si elle se contentait de récupérer et de parasiter les créations d'un autre ». Selon lui, il serait peu probable que ce dernier cas de figure puisse entrer dans le champ du *fair use*.

Cette approche a été reprise par la jurisprudence portant sur le *fair use* dans les médias audiovisuels. Les juges ayant déclaré déloyal l'usage examiné dans une affaire ont fait valoir que le *fair use* ne constituait pas « une autorisation au vol social, donnant aux tribunaux le droit d'ignorer le droit d'auteur dès lors qu'ils déterminent que l'œuvre sous-jacente présente des contenus

⁷ http://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=295166.

⁸ https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf.

⁹ « Internet ne saurait être considéré comme un lieu ouvert au public dans le cadre de la loi. Internet est un espace médiatique... » — Décision de la Cour suprême du 8 décembre 2011, N 34-G11-16. Mais deux années plus tard, la Cour suprême a abouti à la conclusion inverse : « ... La Cour constate que la photographie du paysage urbain a été publiée sur internet sur le site web de M. Fedin. L'accès à ce site n'est pas limité et possible sans inscription, c'est-à-dire que la photographie est située dans un espace ouvert au public ». — Décision de la Cour suprême du 6 septembre 2013, N86-APG13-10.

¹⁰ Richter A. *Legal foundation of journalism*. - Moscow: VK, 2009, p. 234. (Рихтер А. Г. *Правовые основы журналистики*. — М.: ВК, 2009. - с. 234).

¹¹ Patry, William F. *Patry on fair use*, WEST. — 2012. — p. 64-65.

¹² Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard* 103 *Harv. L. Rev.* 1105 (1990), <http://docs.law.gwu.edu/facweb/claw/LevalFrUStd.htm>.



susceptibles d'être d'importance publique ». Dans l'affaire *Iowa State University Research Foundation, Inc. c. American Broadcasting Co.*¹³, le tribunal a souligné que les droits à l'information et à l'accès à la culture ou au patrimoine culturel, dont la protection est au cœur de la doctrine du *fair use*, sont « entièrement garantis par le refus de la loi de reconnaître un droit d'auteur valide sur les faits », c'est-à-dire qu'ABC avait la possibilité d'utiliser toute information factuelle au lieu d'emprunter des parties du film sur le futur champion olympique.

Cependant, les médias utilisent généralement les matériels protégés de manière transformative en raison de leurs activités spécifiques : reportages d'actualités, parodies, critiques ou commentaires¹⁴, ou parfois de manière fortuite ou accessoire, par exemple lors de diffusions ou de reportages en direct¹⁵.

Le basculement vers une consommation des médias en numérique (et les questions de droit d'auteur qui en découlent) qui a résulté de l'augmentation significative du nombre d'utilisateurs d'internet aux Etats-Unis et dans la Fédération de Russie, est devenue un sujet de préoccupation majeur pour leurs Gouvernements. En 1998, la loi sur le droit d'auteur du millénaire numérique (*Digital Millennium Copyright Act* – ci-après la DMCA) est entrée en vigueur aux Etats-Unis. Cette loi a servi de modèle à la toute dernière révision de la législation de la Fédération de Russie : les amendements à la loi fédérale « sur l'information, les technologies de l'information et la protection de l'information¹⁶ » et au Code de procédure civile de la Fédération de Russie (CPC¹⁷), connus ensemble sous le nom de « loi contre le piratage ».

¹³ *Iowa State University Research Foundation, Inc. c. American Broadcasting Co.*, 621 F.2d 57, 1978, <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/621/57/184925/>.

¹⁴ *Video-Cinema Films, Inc. c. CNN, Inc.* 60 U.S.P.Q.2d (BNA) 1415, 1422. S.D.N.Y. 2001, <https://casetext.com/case/video-cinema-films-inc-v-cable-news-network-inc-2>.

¹⁵ *Italian Book Corp. c. ABC*, 458 F. Supp. 65 (S.D.N.Y. 1978), <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/458/65/1875667/>.

¹⁶ Loi fédérale « sur l'information, les technologies de l'information et la protection de l'information » du 27 juillet 2006 N149-FZ (éd. 31 décembre 2014) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», <http://old.svobodainfo.org/en/node/441>.

¹⁷ <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru081en.pdf>.



2. L'exception particulière pour parodie dans les médias audiovisuels

2.1. La parodie et le *fair use* aux Etats-Unis

La Cour suprême des Etats-Unis considère la parodie comme une forme de critique ou de commentaire dans laquelle un matériel protégé est utilisé de manière transformative. La parodie est toujours une œuvre dérivée dans la mesure où elle implique un commentaire (humoristique) sur une œuvre préexistante dans le contexte d'une nouvelle œuvre¹⁸. Elle exploite généralement tant la forme que le contenu de l'œuvre originale en l'imitant suffisamment pour faire passer un certain message. La Cour suprême des Etats-Unis a souligné que la parodie pouvait même porter préjudice ou détruire la valeur commerciale de l'œuvre critiquée : « lorsqu'une parodie implacable, telle qu'une critique de spectacle cinglante, détruit la demande pour l'original, elle ne produit pas un préjudice relevant de la loi sur le droit d'auteur¹⁹ ». La parodie n'est pas incluse dans le préambule au titre 17 et la disposition §107 ne tente même pas de définir ni le *fair use*, ni la parodie.

Les juges ont insisté sur le fait qu'un parodiste n'avait pas le droit d'emprunter plus de matériel qu'il n'est nécessaire pour reconnaître l'objet de la parodie et que la nature commerciale de la parodie rendait celle-ci déloyale²⁰. Cependant, cette tendance a évolué avec l'affaire *Campbell c. Acuff-Rose Music Inc*²¹. Acuff-Rose Music a intenté une action en justice contre les musiciens de rap « 2 Live Crew » en raison d'une parodie musicale de « *Pretty Woman* » de Roy Orbison. La Cour suprême des Etats-Unis a abouti à plusieurs conclusions importantes. Elle a affirmé que plus l'œuvre dérivée était transformative, moins les autres facteurs devaient avoir d'importance (par exemple, le caractère commercial, qui pourrait jouer contre une conclusion en faveur du *fair use*). Elle a poursuivi en indiquant que « le simple fait que l'usage soit éducatif et à but non lucratif n'empêche pas plus de conclure à une violation du droit d'auteur que le caractère commercial d'une utilisation

¹⁸ Pour un examen comparatif de l'exception de parodie aux Etats-Unis, en France et en Allemagne, voir : Cabrera Blázquez F., « Le plagiat : péché originel ? »,

http://www.obs.coe.int/documents/205595/2408826/FCabrera_Plagiarism_EN.pdf/4e9b299b-383b-4193-929a-cba887d33bd0.

¹⁹ *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.* 510 U.S., p. 591-592, <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/510/569.html>. Dans cette affaire, la Cour suprême des Etats-Unis cite la décision *Fisher c. Dees*, dans laquelle la cour avait expliqué la différence entre critique et infraction au droit d'auteur : « Une critique acerbe supprime la demande ; une infraction au droit d'auteur l'usurpe. Ainsi, l'infraction a lieu lorsque la parodie supplante l'original sur les marchés ciblés par l'original, ou sur lesquels l'original a, ou pourrait raisonnablement potentiellement prendre, une valeur commerciale ». Voir *Fisher c. Dees* 794 F.2d 432 (9^e cir. 1986), <http://mcir.usc.edu/cases/1980-1989/Pages/fisherdees.html>.

²⁰ Voir par exemple *Walt Disney Productions c. Air Pirates*, 1978 (« d'autres tribunaux ont examiné le caractère substantiel de la copie réalisée par un parodiste en se demandant si le parodiste s'était approprié une quantité plus grande de l'œuvre originale qu'il n'était nécessaire pour « rappeler ou évoquer » l'objet de sa satire »).

²¹ *Campbell c. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569. 1994. – p. 584.



n'interdit de conclure au *fair use*²² ». En outre, il n'y pas de marché dérivé pour les œuvres critiques et une parodie ne pose généralement pas de risque de substitution de marché.

Néanmoins, l'exploitation commerciale directe d'une œuvre protégée dans le but de promouvoir un produit « sera traitée avec moins d'indulgence... que la vente d'une parodie pour son seul mérite²³ » et n'est pas appréciée par les tribunaux. Par exemple, dans l'affaire *D.C. Comics, Inc. c. Crazy Eddie, Inc.*²⁴, le juge a conclu à un usage déloyal du personnage de fiction Superman dans le cadre de la promotion de la société d'équipement électronique « Crazy Eddie » (« Regardez !... Là-haut dans le ciel !... C'est un oiseau !... C'est un avion... C'est... Crazy Eddie ! »). Le juge Pierre Leval a estimé qu'il s'agissait d'une « appropriation injustifiable de matériel protégé en vue de tirer un profit personnel ». Dans une autre affaire portant sur le personnage de Superman, le tribunal a fait valoir que « c'est résolument dans l'intérêt de la créativité, pas du piratage, qu'il est permis aux auteurs d'emprunter des phrases et des passages bien connus d'œuvres protégées et d'y ajouter leurs propres contributions sous forme de commentaires ou d'humour²⁵ ».

Il est également intéressant de déterminer si une parodie conforme peut légalement être vulgaire ou obscène. La réponse est « oui » si l'œuvre originale est aussi vulgaire. L'affaire *Brownmark Films, LLC c. Comedy Partners*²⁶ est peut-être le meilleur exemple à cet égard. La partie défenderesse avait créé une parodie, dans le dessin animé *South Park*, d'une vidéo musicale virale intitulée « What What (In the Butt) » (ci-après WWITB) dans l'épisode « Canada en grève ». La vidéo originale montre un adulte afro-américain qui danse en répétant des phrases suggestives. Dans l'épisode, l'un des personnages (le garçon naïf de neuf ans, portant des tenues d'enfant) reprend ses mouvements en vue de gagner de l'« argent internet » facile. La vidéo devient virale mais pas rémunératrice. Le tribunal de district a estimé que « l'épisode de *South Park* transforme la pièce originale en réalisant ce qui semblait a priori impossible [sic] – rendre la vidéo de WWITB encore plus absurde... L'« interprétation » de *South Park* de la vidéo WWITB est véritablement transformative, car elle se sert d'une œuvre originale et utilise des parties de la vidéo non seulement pour se moquer de l'original, mais aussi pour commenter une tendance sociale étrange, confortant ainsi la nature de parodie classique de l'œuvre ».

2.2. L'exception pour parodie dans le système de la Fédération de Russie

Les parodies et caricatures ont reçu une protection juridique en 2008 quand la section IV du CC est entrée en vigueur. Les amendements à la section IV du CC introduits en 2014 ont élargi de manière

²² Dans ce type d'affaires, les tribunaux se réfèrent fréquemment aux décisions *Mattel Inc. c. Walking Mountain Productions* et *Art Rogers c. Jeff Koons*. Dans l'affaire *Mattel*, l'artiste Tom Forsythe avait réalisé un projet photo intitulé « *Barbie Food Chain* » montrant des poupées Barbie prenant des poses suggestives dans des ustensiles de cuisine (« Barbie grillée » etc.). Le tribunal de district a jugé en référé que les photographies constituaient un *fair use* : « Le message parodique de Forsythe... porte sur Barbie et les valeurs qu'elle incarne... Enfin, les bénéfiques, pour le public, de l'autorisation d'un tel usage — permettant la liberté et l'expression artistiques et la critique d'une icône culturelle — sont significatifs. Le fait d'autoriser cet usage par Forsythe s'inscrit dans le cadre des objectifs fixés par la loi sur le droit d'auteur, encourageant la créativité et la critique qui sont au cœur même de la protection offerte par la loi ». *Mattel Inc. c. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792, 9^e cir. 2003.

Dans l'affaire *Art Rogers c. Jeff Koons*, la partie défenderesse a tenté de présenter son interprétation de la photographie « *Puppies* » dans la sculpture « *String of Puppies* » comme une parodie. Le tribunal a estimé que, bien qu'il « n'est pas obligatoire que la satire ne porte que sur l'œuvre copiée et qu'elle peut, comme la partie appelante l'affirme à propos de « *Strings of Puppies* », également constituer une parodie de la société moderne, l'œuvre copiée doit, au moins en partie, être objet de la parodie, sinon il ne serait pas nécessaire d'évoquer l'œuvre originale ». *Art Rogers c. Jeff Koons*. 960 F2d 301. 2^e cir. 1992.

²³ *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.* 510 U.S., p. 585.

²⁴ *D.C. Comics, Inc. c. Crazy Eddie, Inc.*, 205 U.S.P.Q. 1177. S.D.N.Y. 1979.

²⁵ *Warner Bros. Inc. c. American Broadcasting Companies.* 720 F.2d 231; 1983.

²⁶ *Brownmark Films, LLC c. Comedy Partners*, 800 F. Supp. 2d 991 (E.D. Wis. 2011).



substantielle la gamme de parodies et caricatures concernées et laissé ouverte la liste d'exemples (« dans le genre littéraire, musical *ou autres* parodies ou caricatures » – souligné par nos soins).

Il est intéressant de relever qu'il n'y a eu alors aucune tentative de donner une définition légale de la parodie ou de la caricature ou de recenser leurs caractéristiques particulières. Des chercheurs russes ont souligné la nature particulière de la parodie, qui imite l'œuvre originale tout en s'y opposant, et indiqué que la parodie transforme le contenu de l'œuvre originale plus qu'elle n'en transforme la forme et y ajoute de nouveaux aspects (généralement drôles)²⁷. La parodie ou la caricature est protégée « sans considération de ses mérites²⁸ ».

Certains chercheurs soulignent que la parodie ne saurait porter atteinte aux droits moraux des auteurs (par exemple, l'intégrité et l'inviolabilité de l'œuvre), c'est-à-dire que la parodie ne doit pas inclure de parties significatives, du point de vue juridique, de l'œuvre (comme les personnages et le titre de l'œuvre) et devrait se fonder sur une association forte entre la parodie et l'œuvre originale²⁹. Si elle était entièrement admise, cette approche associative pourrait constituer en pratique une restriction importante pour les parodistes, puisqu'ils utilisent généralement les personnages ou les titres pour faire passer leur message. Cependant, dans l'affaire *Business Contact c. Channel One and Producing Company « Sreda »*³⁰ le tribunal a rejeté cette approche et sa décision est pratiquement devenue la norme. Les titulaires des droits du long métrage « Обитаемый остров/Obitayemyi ostrov » (« *Prisoners of Power* ») ont attaqué la société de télévision « Channel One » en justice après la diffusion d'une parodie du film dans un épisode de l'émission de comédie du soir « Большая разница/Bol'shaya raznitsa » (« *A big difference* »).

Au cours du procès, la partie demanderesse a avancé qu'une telle œuvre dérivée ne constituait pas une parodie mais un usage non autorisé de parties du film ainsi qu'une exploitation de ses personnages.

Le tribunal n'a pas suivi l'argument de la partie demanderesse selon lequel la partie défenderesse avait utilisé de manière illégale des parties du film sans sa bande (sonore) et procédé à un montage de la bande vidéo. Le tribunal a affirmé que bien que les parties d'une œuvre audiovisuelle puissent être considérées comme des œuvres indépendantes, ce n'était pas le cas en l'espèce. La partie défenderesse avait créé une parodie du film entier et non de l'une de ses parties. Le tribunal a conclu que la parodie en question constituait une utilisation licite du matériel protégé et que le détenteur de droits ne pouvait pas interdire celle-ci « au motif que seule une partie de l'œuvre était modifiée ».

Une autre affaire récente, portant sur la question du droit à l'image personnelle, présente de l'intérêt dans le contexte du libre usage. Le chanteur populaire Stas Michailov a attaqué en justice la chaîne de télévision « TNT-Teleset » pour avoir utilisé son « image individuelle » pour le personnage parodique de Michail Stasov dans le film « Дублер/Dubler » (« *Backup* »)³¹. Le plaignant a perdu le procès car selon les juges, les réalisateurs du film avaient utilisé son « image de scène » pour créer une parodie.

²⁷ Sherstoboeva, Elena. Le problème du statut juridique de la parodie en télévision russe // Mediascope, N 1. — 2011, <http://www.mediascope.ru/node/714>.

²⁸ Volfson V. Copyrightability paradox of citation, allusion and pastiche. // Intellectual property & copyright and related rights journal. 2003. N 10. - p. 11.

²⁹ Bliznets I., Leontiev K. Droit d'auteur et droits voisins — Moscow, "Prospect", 2015, p. 123.

³⁰ Affaire N A40-125210/09-110-860 : Décision de la 9^e Cour arbitrale d'appel, 14 juillet 2011, <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=MARB;n=238004>.

³¹ Affaire N 4g/4-4420 : Ordonnance du tribunal de la ville de Moscou, 27 avril 2015, <http://docs.cntd.ru/document/423339922>.



Un épisode diffusé au nouvel an de l'émission parodique « Мульт-личности/Mult-lichnosti » (« *Cultoon of Personality* ») avait auparavant été à l'origine d'un litige entre « Объединенное музыкальное издательство/Objedinennoye muzikalnoye izdatel'stvo » (United Musical Publishing House) et le studio de cinéma « Красная студия/Krasnaya studiya » (« *Red Studio* »). Deux chansons, dont les paroles avaient été modifiées, avaient été incluses dans l'épisode. Le plaignant avait avancé que son droit d'auteur avait été violé³². Le tribunal a estimé qu'un effet comique était créé par le recours à une musique populaire et à des images transformées de chanteurs connus, ainsi qu'à une nouvelle imagerie visuelle et des paroles humoristiques. Le tribunal s'est rangé du côté de la partie défenderesse et a jugé qu'« en l'absence de même un seul de ces éléments, l'effet comique serait annulé ».

Les tribunaux de Russie et des Etats-Unis suivent des lignes de raisonnement proches dans des affaires similaires. Par exemple, les arguments de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie dans une affaire récente (portant sur l'émission parodique « Стиляги/Stilyagi », ou « *Нерсатс* ») correspondent aux conclusions de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Campbell* : « L'objectif d'une parodie est de créer à la fois un effet comique et une représentation critique en recourant à une copie et à une transformation intentionnelles de parties de l'œuvre originale... La parodie constitue toujours une œuvre nouvelle qui modifie une partie de l'original (y ajoutant un sens ou un message nouveau)... L'œuvre originale doit être au cœur de la parodie et non à sa marge ». A l'instar de la Cour suprême des Etats-Unis, la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie insiste sur le fait que « plus une parodie est originale, moins les autres facteurs doivent importer (comme l'importance de la partie utilisée, ou l'effet sur le marché ou la valeur commerciale potentiels de l'œuvre)³³ ». La Cour suprême d'arbitrage a toutefois renvoyé l'affaire à son Présidium pour réexamen³⁴.

Dans cette affaire, les détenteurs des droits de trois *chansons* avaient intenté un procès à la chaîne de télévision pour avoir utilisé la chanson dans l'émission de télévision parodique « Стиляги/Stilyagi » (dont l'objectif était de créer la meilleure parodie de danse/musique d'un clip vidéo, d'un film etc.). Aucune charge n'a été retenue contre la partie défenderesse, à plusieurs niveaux judiciaires, parce que les tribunaux ont jugé que des *clips musicaux* (ainsi que des performances et images scéniques) étaient les sources des parodies en cause. Dans cette affaire, la Cour suprême d'arbitrage a souligné que tant les chansons que les clips musicaux étaient les sources du matériel protégé. Mais elle a estimé que la loi ne posait pas de limites quant à la quantité des parties ou aux moyens artistiques utilisés et renvoyé l'affaire à son Présidium pour un nouvel examen.

Le Présidium s'est interrogé sur ce qui constituait l'objet de la parodie : 1) des œuvres audiovisuelles ; 2) la performance d'artistes ; ou 3) des œuvres musicales. Il a affirmé que des œuvres musicales pouvaient être utilisées de manière indépendante ou en tant que composantes d'œuvres audiovisuelles et – dans le cas de la création d'œuvres dérivées – « les droits des auteurs doivent être respectés si l'œuvre musicale en question n'est pas modifiée ». Le Présidium de la Cour suprême d'arbitrage a admis les arguments des détenteurs des droits d'auteur sur les chansons, en affirmant que les œuvres audiovisuelles et leur exécution par des artistes avaient fait l'objet d'une

³² Affaire N A4060254/2012 : Décision de la 9^e Cour arbitrale d'appel, 12 juin 2013,

[http://sudact.ru/arbitral/doc/2gzEiKTgOFbu/?arbitral-txt="пародия"%2B+"свободное+использование"&arbitral-case_doc=&arbitral-doc_type=&arbitral-date_from=&arbitral-date_to=&arbitral-region=&arbitral-court=&arbitral-judge=&arbitral-participant=&_id=1436900161203&snippet_pos=1454#snippet](http://sudact.ru/arbitral/doc/2gzEiKTgOFbu/?arbitral-txt=).

³³ Affaire N A4038278/2012 : Ordonnance de la Cour suprême d'arbitrage, 9 septembre 2013,

[http://sudact.ru/arbitral/doc/2gzEiKTgOFbu/?arbitral-txt="пародия"%2B+"свободное+использование"&arbitral-case_doc=&arbitral-doc_type=&arbitral-date_from=&arbitral-date_to=&arbitral-region=&arbitral-court=&arbitral-judge=&arbitral-participant=&_id=1436900161203&snippet_pos=1454#snippet](http://sudact.ru/arbitral/doc/2gzEiKTgOFbu/?arbitral-txt=).

³⁴ Voir affaire N A4060254/2012 ci-dessus.



parodie, mais pas les œuvres musicales, renversant toutes les décisions de justice précédentes et ordonnant une compensation pour violation du droit d'auteur³⁵.

Cette décision laisse beaucoup de questions en suspens, par exemple, quant à la façon dont une parodie reconnaissable et efficace d'un clip musical peut être créée sans utiliser la chanson. Alors qu'une chanson peut être indépendante de la vidéo musicale, une vidéo musicale ne peut exister sans musique, et ce type d'œuvres ne peut donc pas être divisé en parties indépendantes.

La Cour a en outre affirmé qu'une parodie conforme devait transformer toutes les parties d'une œuvre originale. Ainsi, toute une « famille » de parodies est exclue du cadre de la loi, par exemple, les parodies en *playback* qui sont populaires tant en Fédération de Russie³⁶ qu'aux Etats-Unis³⁷.

³⁵ Décision du Présidium de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie N 5861/13 of 19 novembre 2013, http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_21de7ed4-5c93-4a0b-b554-7561358cb5d8.

³⁶ Regardez par exemple, la chanson parodique populaire « Kap-kap-kap », qui rassemble les acteurs d'une comédie de l'ère soviétique « *Ivan Vasil'evich change de métier* » ici (en russe): <http://www.youtube.com/watch?v=rU7rQntvTXw>.

³⁷ Par exemple, l'émission « *Lip Sync Battle* » : des artistes connus chantent en *playback* sur les chansons d'autres artistes. L'effet comique résulte du décalage entre l'apparence et le style de la prestation entre parodistes et chanteurs des morceaux originaux (le chanteur de pop J. Bieber faisant un *playback* sur une chanson de la rock star Ozzy Osborne etc.).





3. La DMCA aux Etats-Unis et la loi contre le piratage dans la Fédération de Russie

3.1. Exceptions et limites au droit d'auteur et systèmes de gestion des droits numériques (DRM)

3.1.1. *Fair use* et DRM aux Etats-Unis

La loi de 1998 sur le droit d'auteur du millénaire numérique (*Digital Millennium Copyright Act – DMCA*) a fortement restreint les critères d'application du *fair use* des matériels protégés qui avaient été posés par la loi sur le droit d'auteur (*Copyright Act*) de 1976. Cette évolution s'est faite en raison des dispositions autorisant la protection technique des œuvres³⁸ (y compris celles relevant du domaine public), et interdisant la production et la distribution de technologies destinées à contourner cette protection technique des œuvres soumises au droit d'auteur³⁹.

Deux décennies plus tard, la bibliothèque du Congrès a recommandé la mise en place de certaines exceptions à cette règle. Elle a publié un document formel décrivant les situations dans lesquelles le contournement des mesures de protection technique ne devrait pas être considéré comme une atteinte à la loi. La liste de ces cas de figure inclut la possibilité de copier des DVD et Blu-ray pour créer des remix et des analyses dans le cadre du *fair use*⁴⁰.

3.1.2. Le recours aux DRM en Fédération de Russie

La section IV du CC contient des règles portant sur le recours à des mesures techniques de protection, par exemple à l'article 1299. Cependant, malgré les propositions formulées par des experts juridiques au cours du débat public sur le projet de section IV du CC, la version adoptée n'inclut aucune disposition affirmant que la mise en œuvre de mesures de protection technique ne

³⁸ En 1996, le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes ont inclus des dispositions selon lesquelles les parties contractantes étaient tenues de proposer un recours judiciaire contre le contournement des mesures technologiques (par exemple le cryptage) utilisées par les auteurs, interprètes ou producteurs de phonogrammes en lien avec l'exercice de leurs droits, et contre la suppression ou la modification d'informations, telles que certaines données permettant d'identifier les œuvres ou leurs auteurs, interprètes ou producteurs du phonogramme et le phonogramme lui-même, nécessaires pour la gestion de leurs droits (par exemple, licence, collecte et distribution des redevances) (« informations sur le régime des droits »).

³⁹ Registre du Congrès. E2137, 144 (1998).

⁴⁰ Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies // Bibliothèque du Congrès, <https://www.eff.org/document/library-congress-2015-dmca-1201-rules>.



devrait pas porter atteinte à un usage normal du matériel protégé ; la responsabilité en cas de contournement de ces mesures n'est pas modulée en fonction des objectifs du contournement, des preuves et de la nature des conséquences.

La version précédente (modifiée en 2014) du paragraphe 3 de l'article 1299 du CC posait un principe dit de non-intervention, c'est-à-dire que le contournement de la protection technique était interdit. Néanmoins, si ce contournement avait pour objet la mise en œuvre d'une exception au droit d'auteur, l'utilisateur ne devait pas faire l'objet de poursuites en vertu du paragraphe 1 de l'article 273 du Code pénal (« Création, utilisation ou dissémination de logiciels malveillants »)⁴¹.

Après la suppression de cette disposition, une autre tentative de formaliser des exceptions au droit d'auteur a été faite au paragraphe 4 de l'article 1299 du CC. Celui-ci prévoit que « si les paragraphes 1-3 de l'article 1274 et l'article 1278 du Code civil autorisent l'usage libre d'une œuvre, mais que la mise en œuvre de ce droit est rendue impossible du fait des système de gestion des droits numériques, l'utilisateur potentiel peut demander au détenteur des droits de supprimer ces restrictions ou de lui fournir une possibilité d'en faire usage (au choix du détenteur des droits), lorsque cela est réalisable du point de vue technique et n'implique pas de coûts importants ».

Cependant, ce mécanisme est désormais contraire au principe général des exceptions et limites au droit d'auteur, dans le cadre desquelles l'autorisation préalable du titulaire des droits pour l'usage d'une œuvre n'est pas applicable. De plus, la loi ne précise pas que l'auteur est tenu de répondre à de telles demandes.

3.2. Notifications de retrait

3.2.1. *Fair use* et notifications de retrait aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, en vertu du titre 17, section 1201 (a) du Code des Etats-Unis, les fournisseurs ne peuvent être tenus pour responsables des violations du droit d'auteur commises par les utilisateurs en ligne de divers sites internet, mais seulement dans le cas où ils retirent rapidement le contenu à la demande du détenteur des droits. Les sociétés chargées de l'application de ces droits identifient habituellement les fichiers de façon automatisée au moyen d'un simple algorithme de recherche, ou encore ces requêtes sont envoyées par des employés qui ne réalisent pas d'analyse juridique préliminaire du mode d'utilisation⁴². La loi exige que le fournisseur retire le contenu dès que possible, mais si l'utilisateur soumet une contre-notification dans une période de 10 jours, le fournisseur peut rétablir l'accès au contenu⁴³.

D'un côté, les titulaires de droits disposent d'un instrument efficace pour supprimer les contenus présumés pirates, tandis que la responsabilité des fournisseurs pour les violations du droit d'auteur commises par leurs utilisateurs est limitée.

De l'autre côté, certains chercheurs estiment que des plaintes exagérément agressives en matière de droit d'auteur soumises dans le cadre de la DMCA ont inopportunément entravé le débat

⁴¹ Le paragraphe 3 de l'article 1299 disposait auparavant : « En cas de violation des dispositions prévues au paragraphe 2 de cet article, l'auteur ou autre titulaire des droits peut exiger, s'il le souhaite, du contrevenant qu'il soit tenu pour responsable du préjudice tant matériel que moral [...], à l'exception des cas où l'utilisation de l'œuvre sans consentement de l'auteur ou du détenteur des droits est autorisée par ce Code ».

⁴² Quilter L., Heins M., Intellectual property and free speech in the online world, <http://www.fepproject.org/policyreports/quilterheinsreport.pdf>.

⁴³ 17 U.S.C. § 512(c)(1)(A)(iii); id. § 512(d)(1)(C).



politique sur internet au cours des dernières campagnes électorales aux Etats-Unis⁴⁴. Les candidats John McCain et Sarah Palin ont écrit une lettre ouverte à Google après le retrait de plusieurs de leurs vidéos pendant la campagne électorale de 2008, en raison de plaintes en matière de droit d'auteur. Ils soulignaient que « 10 jours peuvent être une éternité dans le cadre d'une campagne politique » et que de telles plaintes privaient « le public de la possibilité de visionner et de débattre librement et facilement des vidéos politiques les plus populaires du moment »⁴⁵. Les choses n'avaient pas évolué cinq années plus tard, lorsque le Président des Etats-Unis (et candidat) Barack Obama s'était retrouvé confronté à cette situation : à la suite de notifications de retrait déposées par l'éditeur de musique BMG, YouTube avait bloqué la vidéo de campagne de Mitt Romney (qui incluait un passage dans lequel le Président Obama chantait « *Let's stay together* » de Al Green) et peu après, la vidéo originale d'Obama en train de chanter⁴⁶. Les chercheurs soulignent de plus que le contenu peut être privé d'accès universel pour au moins 10 jours après une demande unique, sans que la partie requérante ne soit tenue de prouver ses droits sur l'œuvre en question, ou de démontrer pourquoi cet usage ne peut être considéré comme loyal⁴⁷.

3.2.2. Notification de retrait en Fédération de Russie

Les dispositions de la DMCA mentionnées ci-dessus ont servi de modèle aux législateurs russes. La première série d'amendements à la loi fédérale « sur l'information, les technologies de l'information et la protection de l'information » et au Code de procédure civile de la Fédération de Russie, qui constituent ensemble la « loi contre le piratage⁴⁸ » est entrée en vigueur le 1^{er} août 2013. Avec cette loi, le législateur a tenté d'élaborer un modèle de communication préliminaire entre détenteurs des droits et utilisateurs, services d'hébergement et fournisseurs de services internet ayant mis en ligne des contenus potentiellement illégaux (films uniquement)⁴⁹. Diverses associations de titulaires de droits ont soutenu la loi, dans la mesure où elle leur donne la possibilité de faire appliquer leurs droits, en obligeant les médias à traiter leurs demandes de retrait des contenus illégaux.

La mise en œuvre des amendements les plus récents⁵⁰ a accru le champ de la protection de manière significative : la loi régleme désormais la circulation en ligne non seulement des films, mais aussi de toutes les œuvres protégées par des droits d'auteur (à l'exception des photographies et œuvres similaires).

En premier lieu, le législateur n'a pas réussi à mettre en place un dispositif préliminaire obligatoire de règlement des différends, mais a contraint les propriétaires de sites à divulguer des données à caractère personnel et à publier des coordonnées. Pour certains experts du secteur, l'obligation de révéler des données personnelles constitue simplement « un faux-semblant destiné à faciliter la vie des détenteurs de droits, en simplifiant les démarches visant à retrouver le

⁴⁴ Campaign takedown troubles: how meritless copyright claims threaten online political speech, https://cdt.org/files/pdfs/copyright_takedowns.pdf.

⁴⁵ <https://www.publicknowledge.org/pdf/mccain-letter-20081013.pdf>.

⁴⁶ Hasse L. President or pirate? The DMCA takedown war of the presidential campaigns // <http://www.cilawyers.com/president-or-pirate-the-dmca-takedown-war-of-the-presidential-campaigns/>

⁴⁷ Heins M., The Brave New World of Social Media Censorship, <http://harvardlawreview.org/2014/06/the-brave-new-world-of-social-media-censorship/>.

⁴⁸ Loi fédérale du 2 juillet 2013 N187-FZ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях», « portant modification de certaines lois de la Fédération de Russie concernant la protection des droits intellectuels sur les réseaux d'information et de télécommunications », <http://www.rg.ru/2013/07/10/pravo-internet-dok.html>.

⁴⁹ Эксперты подробно обсудили антипиратский закон (Les experts ont discuté dans le détail de la loi contre le piratage), http://www.copyright.ru/news/main/2014/9/8/antipiracy_law/.

⁵⁰ Les derniers amendements à la loi fédérale, en date du 12 juillet 2014 (T264-FZ), sont entrés en vigueur le 1^{er} septembre 2015.



propriétaire d'un site web en vue de lui intenter un procès⁵¹ ». Il faut souligner qu'aux États-Unis, par exemple, une demande préliminaire de retrait d'un contenu aide le détenteur des droits à démontrer qu'il agit de bonne foi ; si celui-ci n'a pas envoyé cette lettre avant de saisir les tribunaux, l'utilisateur peut contester sa bonne foi auprès du tribunal et gagner le procès.

Deuxièmement, lorsqu'il exige du fournisseur le retrait du contenu litigieux, le titulaire des droits et/ou le détenteur de la licence exclusive est uniquement tenu d'indiquer que l'œuvre est *protégée par le droit d'auteur* et que l'autorisation du titulaire des droits pour la mise en ligne du contenu *fait défaut* (sous-paragraphes 4 et 5, paragraphe 2, article 15-7 de la loi contre le piratage). Les titulaires des droits n'ont pas à démontrer qu'ils détiennent les droits sur les œuvres en question. Après réception de cet avertissement, les propriétaires du site (ou ses administrateurs) sont tenus de retirer les contenus litigieux dans les 24 heures. Ils n'ont pas le droit d'exiger une confirmation des droits exclusifs sur l'œuvre, et peuvent uniquement demander au titulaire des droits de préciser les informations fournies, si celles-ci sont incomplètes, inexactes ou erronées. Une telle clarification ne peut être demandée qu'une seule fois. Dans ce cas, le délai est étendu de 48 heures, au terme desquelles le contenu doit être retiré (il n'existe pas de possibilité de prolonger à nouveau ce délai, même si le détenteur des droits ne clarifie pas toutes les inexactitudes et erreurs dans sa réponse). Si le propriétaire du site web est certain que la mise en ligne du contenu était licite, il peut rassembler des preuves en ce sens et les faire parvenir au titulaire des droits *dans les 24 heures*. C'est uniquement dans ce cas que le propriétaire du site est autorisé à laisser le contenu litigieux en ligne, jusqu'à ce qu'il reçoive une ordonnance du tribunal de la ville de Moscou⁵² ou une requête du Roskomnadzor⁵³ pour qu'il le retire. Cependant, même après l'envoi de la lettre explicative contenant les preuves requises, rien ne protège le propriétaire du site contre un blocage de sa ressource, que le titulaire des droits peut demander par voie d'injonction (voir ci-dessous).

Il faut noter que certains chercheurs critiquent également les dispositions de la DMCA⁵⁴ selon lesquelles le titulaire des droits n'est pas tenu de démontrer l'existence des droits sur le produit. Cependant, à la différence du droit russe, la DMCA prévoit des conditions importantes : « une déclaration de la partie demanderesse selon laquelle elle estime de bonne foi que l'utilisation du matériel litigieux n'est pas autorisée par le titulaire des droits, son agent, ou la loi⁵⁵ », ainsi que la condition selon laquelle les dispositions de cette loi ne devraient pas porter atteinte à l'usage loyal de l'œuvre. En comparaison avec la DMCA, la dernière version de la loi contre le piratage de la Fédération de Russie ne mentionne aucune exception ou limitation au droit d'auteur.

Ce mécanisme de coordination complexe, soumis à des délais stricts, constitue également principalement une innovation russe : aux États-Unis, l'utilisateur a le droit d'envoyer une contre-notification au fournisseur, au fournisseur du service d'hébergement ou au propriétaire du site web (y compris une déclaration affirmant que le produit est utilisé de manière loyale) qui peuvent

⁵¹ Тарасов Д. А. Изменения в антипиратском законе 2015 (Tarasov D.A. Amendments à la loi contre le piratage de 2015),

<http://lexdigital.ru/2015/112/#more-1569>.

⁵² Le seul tribunal ayant compétence pour juger des affaires portant sur l'application de la loi contre le piratage.

⁵³ Service fédéral de surveillance des communications, technologies de l'information et des médias de masse, un organe exécutif fédéral dépendant du ministère des Communications et des Médias de masse de la Fédération de Russie. Richter A., Réglementation des contenus en ligne en Fédération de Russie, IRIS Extra, Strasbourg 2015,

http://www.obs.coe.int/fr/shop/prodfamily?p_p_id=carousel_WAR_obsportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=3&carousel_WAR_obsportlet_struts_action=%2Fobs%2Fcarousel%2Fview&carousel_WAR_obsportlet_cmd=details&carousel_WAR_obsportlet_articleId=8235153&carousel_WAR_obsportlet_displayBackUrl=%2Fen%2Fshop%2Fprodfamily.

⁵⁴ Heins M., The Brave New World of Social Media Censorship, <http://harvardlawreview.org/2014/06/the-brave-new-world-of-social-media-censorship/>.

⁵⁵ § 512 (c)(3)(A)(v). Le texte complet de la DMCA est disponible sur : <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf>.



supprimer le contenu et dans le même temps recevoir une immunité contre toute poursuite ou blocage dans les 10 jours. Ainsi, comme l'ont souligné certains experts juridiques⁵⁶, le mécanisme précontentieux de règlement des litiges « ne constitue dans l'ensemble qu'un instrument de pression » sur les sites web et les utilisateurs, qui s'accompagne de larges possibilités d'abus : des individus peu scrupuleux peuvent se faire passer pour des titulaires de droits et perturber des travaux ou projets en ligne, créer des problèmes aux propriétaires de sites web qui sont de bonne foi, et même les contraindre à divulguer des informations présentant une valeur commerciale, y compris des documents confidentiels.

Troisièmement, avec la « loi contre le piratage », les mécanismes de blocage continuent à servir d'injonctions, or ceux-ci ne sont pas conformes aux normes requises dans le cadre de mesures provisoires (article 139 du Code de procédure pénale), puisque leur adoption n'exige pas de base juridique (ils sont mis en place par le tribunal sur demande du détenteur des droits avant même que l'action en justice soit introduite⁵⁷), il est impossible d'y mettre un terme sans décision de justice et donc, « la demande de décision judiciaire ne sert qu'à camoufler un mécanisme primaire de blocage d'urgence⁵⁸ ». En outre, le blocage de l'adresse internet en question peut conduire au blocage involontaire de sites web de tierces parties en raison d'une adresse IP commune⁵⁹.

Quatrième point, la loi introduit la notion de « blocage perpétuel » du site dans le cas où son propriétaire perd deux procès intentés par le même titulaire des droits. Cependant, ni le tribunal ni le Roskomnadzor n'est obligé de tenir compte de qui a effectué la mise en ligne des contenus litigieux ou des liens vers ces contenus, du but dans lequel ils ont été rendus disponibles, du type de site web dont il s'agit, etc. Il s'agit là d'une sanction inédite qui s'accompagne qu'un risque commercial potentiellement grave pour les propriétaires de sites web⁶⁰.

Comme le souligne le rapport annuel de la Faculté de journalisme de l'Université Lomonosov de Moscou, le fait que les demandes de mesures provisoires contre les sites soupçonnés de piratage soient quasiment automatiquement satisfaites peut entraîner des abus de la part de détenteurs de droits peu scrupuleux. Les opérateurs du marché ont également fait valoir que le blocage complet d'un site au motif de deux violations des droits de propriété intellectuelle constituait une sanction excessive⁶¹. Ce rapport fait écho à l'évaluation négative de la « loi contre le piratage » rendue par le Conseil présidentiel pour les droits de l'homme, le principal gardien des droits de l'homme en Russie. Selon le Conseil, les nouveaux amendements « imposent des restrictions injustifiées au partage des contenus tout en entravant l'échange culturel dans la société russe » et « ne tiennent

⁵⁶ Тарасов Д. А. / Tarasov D.A., op. cit.

⁵⁷ Comme le précise l'avocat P. A. Domkin, le tribunal prend une ordonnance de blocage et donne 15 jours au demandeur pour intenter une action en justice. Si la plainte n'est pas déposée, le blocage est levé par le Roskomnadzor, et la partie lésée peut rassembler des preuves des pertes subies et intenter une action en justice. Voir l'entretien avec l'avocat : La loi contre internet (Закон против Интернета), <http://www.advodom.ru/practice/interv-yu-s-advokatom-zakon-protiv-interneta.php#ixzz3bdew0liS>. Néanmoins, si le détenteur des droits a déposé plainte, le site web reste bloqué jusqu'à la décision définitive du tribunal, comme ce fut le cas par exemple dans l'affaire CJSC "SBA MyuzikPablishing" c. "Tsyfrovaya Laboratoriya" LLC., <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=SIP;n=12118>.

⁵⁸ Тарасов Д. А. / Tarasov D.A., op. cit.

⁵⁹ Le « Garant » indique qu'« à ce jour, plus de 30 000 sites web ont fait l'objet d'un blocage, mais seulement 1% d'entre eux de manière légale, les autres ont juste la même adresse IP ». Горюцова М. "Антипиратский" закон: первые итоги реализации и перспективы (Gorvtsova M. loi contre le piratage : premiers résultats et perspectives), <http://www.garant.ru/article/495804/#ixzz3bvwmRpmI>.

⁶⁰ FAQ. Que se passera-t-il quand la loi contre le piratage entrera en vigueur ? (FAQ. Что будет после принятия антипиратского закона?), <http://volna.afisha.ru/context/что-будет-после-принятия-антипиратского-закона/>.

⁶¹ Télévision en Russie : état des lieux, tendances et perspectives (Телевидение в России: состояние, тенденции и перспективы развития // Доклад под ред. Е. Вартановой, В. Коломийца. - М.: Факультет журналистики МГУ, 2014). - p. 23.



pas compte des intérêts publics et des droits constitutionnels d'accès à l'information et au patrimoine culturel »⁶².

En cinquième lieu, la loi permet d'interdire l'accès aux informations dites « essentielles pour obtenir des informations contenant des objets soumis au droit d'auteur et/ou aux droits voisins », ce qui inclut évidemment les liens hypertexte vers des ressources de parties tierces susceptibles de contenir des contenus potentiellement illégaux. Le titulaire des droits a la possibilité d'exiger aussi leur retrait.

3.3. Exceptions au droit d'auteur et questions de société impérieuses dans les médias audiovisuels

3.3.1. *Fair use* et intérêt public aux Etats-Unis

Lors d'un procès, l'intérêt public est souvent considéré comme un facteur important pour conclure au caractère loyal de l'usage. Si les médias d'information ont pour objectif d'informer le public, de présenter les actualités du jour, de proposer des opinions et des commentaires ou de contribuer au débat public en présentant des données nouvelles sur des questions importantes, les tribunaux américains peuvent admettre que l'utilisation de matériels protégés est loyale, même si tous les autres facteurs vont à l'encontre d'une telle conclusion⁶³.

Par exemple, dans une affaire portant sur les œuvres de deux organisations, faisant partie du mouvement « *pro-life* » (anti-avortement), qui avaient été publiées sur des blogs et des sites web et largement commentées dans les médias, les tribunaux ont conclu au caractère parodique des œuvres. Les auteurs avaient pris deux vidéos réalisées par les défenseurs du droit des femmes à l'avortement, et y avaient inséré des images montrant le déroulement d'un véritable avortement. Bien que le juge ait estimé que les œuvres finales ne contenaient aucun élément présentant les œuvres originales sous un jour humoristique, il a conclu qu'elles constituaient bien des parodies, dans la mesure où les œuvres critiquaient et commentaient effectivement les vidéos originales, et apportaient une contribution importante au débat public sur ce sujet⁶⁴.

Un autre exemple d'usage loyal de matériel soumis au droit d'auteur a été illustré par le documentaire « *Going clear : Scientology and the Prison of Belief* » de Alex Gibney, réalisé pour le compte de HBO, une chaîne câblée américaine, sur la base d'un livre de Lawrence Wright⁶⁵. Le film, tout comme le livre, révèlent que l'Eglise de Scientologie emploie des détectives privés pour espionner les adeptes qui semble vouloir quitter l'Eglise, et recueille à leur propos des informations compromettantes pour ensuite leur faire du chantage et les menacer. Selon Gibney, ce film n'aurait pas pu être réalisé en l'absence de la doctrine du *fair use*, parce que l'Eglise de Scientologie punit de façon agressive toute critique de ses enseignements et dispose de ressources médiatiques considérables. Gibney explique que les personnes titulaires des droits de nombreux articles de journaux et magazines, d'interviews avec les anciens membres de l'Eglise et de vidéos des diverses activités de l'Eglise, n'auraient pas donné leur autorisation au réalisateur du film en raison des

⁶² HRC propose d'établir la liste des œuvres ne pouvant être soumises à blocage dans le domaine public (СПЧ предлагает создать список неблокируемых произведений), <http://izvestia.ru/news/572996#ixzz3x6ouTMJ5>.

⁶³ Voir par exemple l'affaire *SwatchGrp. Mgmt. Servs. Ltd. c. Bloomberg L.P.* No. 12-2412-cv. 2014, <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1655777.html>.

⁶⁴ *Northland Family Planning Clinic c. Center for Bio-Ethical Reform*, SACV 11-731 JVS. C.D. Cal., 2012, <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5079>.

⁶⁵ Aufderheide P., Fair Use Success Stories: Going Clear, <http://www.cmsimpact.org/blog/fair-use/fair-use-success-stories-going-clear-0>.



pressions exercées par l'Église de Scientologie. Comme le souligne Gibney, les radiodiffuseurs l'ont même « encouragé » à s'appuyer sur la doctrine du *fair use*. Selon lui, « ... le *fair use* était la clé pour surmonter les pressions de la Scientologie sur les principaux réseaux de télévision, dont les images d'information et d'actualités, ainsi que les clips vidéo, étaient essentiels pour raconter l'histoire de manière visuelle⁶⁶ ». Comme l'a décrit la Cour suprême dans *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.*, le *fair use* offre « un ballon d'oxygène dans les limites du droit d'auteur⁶⁷ ».

3.3.2. Exceptions d'intérêt public en Fédération de Russie

Les mécanismes de blocage d'urgence ont été mis en place assez récemment, et on ne compte que peu de précédents pertinents. Plusieurs comptes-rendus ont fait état d'un bref blocage de la chaîne YouTube de la télévision russophone RT (Russia Today) le 18 mars 2014 (selon le message d'erreur, le compte avait été bloqué à la suite de violations nombreuses ou graves de la politique de YouTube en matière de spams, de fraude et de contenus inappropriés), et à nouveau début juillet 2014 à la suite d'une plainte pour violation des droits d'auteur déposée par un utilisateur ukrainien⁶⁸. En outre, en août 2014, la chaîne YouTube de LifeNews, un conglomérat de télévision et médias en pleine expansion en Russie, a été bloquée – à nouveau au motif d'une violation supposée du droit d'auteur, en dépit du fait que LifeNews avait acquis la licence nécessaire pour utiliser la vidéo litigieuse du grimpeur urbain qui avait peint une étoile au sommet d'un gratte-ciel moscovite aux couleurs du drapeau ukrainien⁶⁹.

3.4. Contenus générés par les utilisateurs (UGC)

3.4.1. Les UGC dans le cadre de la doctrine du *fair use* aux Etats-Unis

Il convient de souligner que la DMCA contient une disposition selon laquelle, en cas de demandes abusives de retrait de contenus, la partie jugée coupable par le tribunal sera tenue de verser des dommages et intérêts et de couvrir les coûts et frais d'avocats de la partie lésée (§512 (f) de la DMCA).

Pendant, il subsiste deux écueils. D'abord, les juges ne sont pas d'accord sur ce qui constitue un abus dans cette situation : la mauvaise foi, ou le simple fait d'ignorer le *fair use*. Dans ce dernier cas de figure, le principal argument des détenteurs des droits est que la majorité des milliers des demandes de retrait de contenus sont envoyées de manière automatisée, et qu'un examen individuel de chaque cas serait trop onéreux⁷⁰.

Deuxièmement, la loi mentionne seulement la compensation pour pertes (et non pour préjudice moral), et il est généralement difficile pour la partie lésée de rassembler suffisamment de

⁶⁶ Horn J., Alex Gibney on Going Clear, His Scientology Documentary That's the Talk of Sundance, <http://www.vulture.com/2015/01/alex-gibney-on-his-new-scientology-documentary.html>.

⁶⁷ 510 U.S. 569 (1994). au 579, <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZO.html>.

⁶⁸ YouTube a temporairement bloqué la chaîne de télévision de RT en raison de « fraudes et de spams », <https://tjournal.ru/p/youtube-rt-ban>.

⁶⁹ YouTube a bloqué la chaîne LifeNews en raison d'infractions au droit d'auteur, <https://tjournal.ru/p/lifeneews-youtube-blocked-kidala>. Quatre base-jumpers, vus en train de sauter de l'immeuble le même matin ont été détenus pour actes de vandalisme et de hooliganisme, puis acquittés par la suite. Un autre grimpeur urbain, Vladimir Podrezov, qui les avait accompagnés jusqu'au toit, a été condamné à deux ans et trois mois de prison pour vandalisme. Le ministère public a fait appel de l'acquittement des base-jumpers dans l'affaire « du gratte-ciel » Plus de détails en russe : <http://zona.media/news/bez-opravdatelnyh/>.

⁷⁰ ROSSI (dba Internet Movies.Com) c. Motion Picture Association of America, 2004. <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1308565.html>.



preuves en ce sens. Dans le cas d'une violation de la liberté d'expression, qui n'aurait pas entraîné de préjudice économique direct, il serait extrêmement difficile d'obtenir gain de cause auprès du tribunal. L'affaire *Lenz c. Universal Music*⁷¹ est une illustration marquante à cet égard.

Stephanie Lenz a enregistré une vidéo amateur (de 29 secondes) de son fils dansant au son de la chanson « *Let's Go Crazy* » de Prince, et l'a postée sur YouTube. A la demande d'Universal Music, qui s'appuyait sur la DMCA, YouTube a retiré la vidéo. Lenz, après avoir consulté ses avocats, a obtenu le rétablissement de la vidéo. Peu après, Universal Music a rendu publique une déclaration au nom de Prince, selon laquelle l'artiste considérait comme une question de principe que tout site internet qui mettait en ligne une œuvre contenant sa musique ne le fasse qu'avec l'autorisation de l'auteur. En l'absence de cette autorisation, il avait le droit d'exiger le retrait du contenu en cause. Au cours du procès contre Universal Music, Lenz a argué que la demande de la société de retirer sa vidéo résultait des préférences et principes personnels du chanteur, et non pas des caractéristiques de cette vidéo en particulier ou d'une conviction de bonne foi que la vidéo enfreignait le droit d'auteur. Elle a avancé que le *fair use* était reconnu par la loi et qu'il constituait une partie intégrante du système des droits d'auteur, et que les détenteurs des droits ne sauraient prétendre avoir agi de bonne foi s'ils n'avaient pas pris en compte les diverses exceptions au droit d'auteur avant de demander le retrait du contenu.

Universal Music a déposé une demande reconventionnelle, reposant sur l'argument selon lequel les titulaires de droits d'auteur n'étaient pas tenus de prendre en compte le *fair use*, dans la mesure où il ne s'agit de « rien d'autre qu'une violation excusable du droit d'auteur, et non d'un moyen légal d'utiliser du matériel protégé » ; de plus, la doctrine ne figurait prétendument pas dans la DMCA. Selon la société, même si les détenteurs des droits étaient tenus de tenir compte du *fair use*, ils n'étaient pas obligés de le faire *avant* de demander le retrait du matériel, mais seulement après réception du refus de l'utilisateur, au moment où ils commencent à recueillir des preuves en vue d'un procès.

Le tribunal s'est au bout du compte rangé du côté de Lenz et décidé qu'elle avait droit à compensation. De plus, le tribunal a souligné « qu'il n'y avait pas cagnotte au bout de ce chemin » : Lenz sera remboursée pour ses frais d'avocats (un peu plus de 1 000 dollars) et pour ses dépenses d'électricité, d'internet et de téléphone. La portée principale de cette affaire réside dans le fait que le tribunal a obligé les détenteurs des droits à envisager la possibilité de *fair use* avant d'envoyer une demande de retrait⁷².

Les chercheurs américains Heins et Goldman⁷³ affirment que la section 512 (f) de la DMCA a perdu de sa portée pas uniquement en raison d'interprétations judiciaires de cet ordre. Selon eux, les titulaires de droits ont trouvé de nouvelles manières d'obtenir le retrait de contenus sans envoyer de notifications de retrait, celles-ci pouvant être contestées pendant la période précontentieuse ou au cours du procès, en particulier en recourant à la conclusion directe d'un accord avec les intermédiaires internet et les médias sociaux en question, pour trouver et supprimer les contenus litigieux, grâce à des bases de données contenant les « empreintes » (« *fingerprints* ») des matériels audio et audiovisuels. Par exemple, YouTube vérifie automatiquement toutes les vidéos mises en ligne par les utilisateurs et bloquent celles qui contiennent des contenus protégés présents dans la base de données YouTube. Heins et Goldman considèrent que les utilisateurs n'ont

⁷¹ *Lenz c. Universal Music Corp.*, 572 F. Supp. 2d 1150. N.D. Cal. 2008. Voir aussi la décision de la Cour d'appel des Etats-Unis pour le 9^e circuit sur : <https://www.eff.org/document/9th-circuit-opinion-lenz>. Universal Petitioned for Rehearing En Banc: https://www.eff.org/files/2015/10/20/lenz_motion_for_rehearing_en_banc.pdf.

⁷² Perl J., Obligation de tenir compte de l'usage équitable, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2015/10/article29.fr.html>.

⁷³ Heins M., The Brave New World of Social Media Censorship, <http://harvardlawreview.org/2014/06/the-brave-new-world-of-social-media-censorship/>. Goldman E., 17 USC 512(f) Is Dead - *Lenz c. Universal Music*, http://blog.ericgoldman.org/archives/2013/01/17_usc_512f_is_1.htm.



souvent pas les moyens de s'opposer au blocage à cause des « conditions d'utilisation » établies par les sociétés privées qui, selon Heins⁷⁴, « malgré leur bonnes intentions et la philosophie prétendument favorable à la libre expression dont elles se réclament, recourent à des « conditions d'utilisation » qui censurent une large gamme de discours protégés au niveau constitutionnel⁷⁵ ».

3.4.2. Fédération de Russie

En Russie, un problème quelque peu différent s'est posé. Le Roskomnadzor a commencé à mettre sur « liste noire » diverses ressources internet, sans que le tribunal de la ville de Moscou n'ait pris aucune injonction ordonnant les blocages⁷⁶. Par exemple, le tribunal de la ville de Moscou a décidé de bloquer une certaine ressource en ligne en raison de la mise à disposition de la bande-annonce d'une émission télévisée intitulée « Méthode » disponible au départ sur le site web de Channel One (qui, il faut le souligner, avait fourni un code de partage pour la bande-annonce sur sa page pour ceux qui souhaitaient la republier), après quoi le Roskomnadzor a envoyé des centaines de demandes de blocage du contenu sur différents sites. En moins d'une journée, les fournisseurs ont bloqué diverses pages et des ressources entières (violant ainsi la loi), avant de recevoir des lettres d'explication envoyées par les propriétaires des sites web. Certains n'ont même reçu aucune notification.

Les avocats de l'ONG « Roskomsvoboda » affirment avoir été informés de nombreuses violations des droits procéduraux. Plus tôt en 2015, le tribunal de la ville de Moscou avait décidé de bloquer plusieurs sites de façon permanente (la plupart, des traceurs *torrent*). Les administrateurs de ces ressources se sont plaints du fait que les détenteurs de droits n'avaient pas fait usage du mécanisme de communication préliminaire (ils n'avaient pas reçu de nouvelles demandes de retrait, alors qu'ils avaient donné suite aux plaintes précédemment reçues), et de vices de procédure (aucune assignation n'avait été reçue⁷⁷). Ils ont récemment décidé de contester en justice les dispositions de la « loi contre le piratage » portant sur le blocage permanent des sites web, qu'ils jugent contraires aux principes fondamentaux de la responsabilité juridique – la proportionnalité de la sanction, l'égalité juridique des parties à un procès et les libertés et droits de l'homme garantis au niveau constitutionnel, notamment le droit de diffuser et d'accéder à l'information⁷⁸. Par la suite, 7 000 utilisateurs des ressources « bloquées de manière permanente » ont déposé une plainte conjointe contre le blocage des sites en question⁷⁹, y compris un groupe de musique qui utilisait RuTracker pour distribuer ses albums⁸⁰. Les militants de « Битва за Рунет/Bitva za Runet » (« *Fight For Runet* ») espèrent porter cette question jusqu'à la Cour constitutionnelle et la Cour suprême de la Fédération de Russie⁸¹.

⁷⁴ Ammori M., The "New" New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter, <http://harvardlawreview.org/2014/06/the-new-new-york-times-free-speech-lawyering-in-the-age-of-google-and-twitter/>.

⁷⁵ Heins M. op.cit.

⁷⁶ Les « méthodes » du Roskomnadzor : le droit vire au chaos («Метод» Роскомнадзора: превращение закона в беспредел), <http://rublacklist.net/13259/>.

⁷⁷ Les ressources internet vont attaquer le « blocage perpétuel » devant le tribunal de la ville de Moscou (Интернет-порталы оспорят «вечную» блокировку в Мосгорсуде), <http://rublacklist.net/13198/>.

⁷⁸ Roskomsvoboda fait appel de la décision de bloquer de façon définitive les traceurs *torrent*, <http://rublacklist.net/13452/#more-13452>.

⁷⁹ Le tribunal de la ville de Moscou a été saisi d'une plainte collective contre le « blocage perpétuel » de sites internet (В Мосгорсуд подана коллективная жалоба от имени 7 тысяч пользователей интернета в отношении нормы о «вечной блокировке»), <http://rublacklist.net/14045/>.

⁸⁰ Un groupe de musique fait appel contre le « blocage perpétuel » de RuTracker (Музыканты подали апелляцию по «вечной блокировке» Рутрекера), <http://rublacklist.net/14092/>.

⁸¹ Disponible en russe sur : <http://zarunet.org/>.





4. *Fair use* aux Etats-Unis : droit ou défense affirmative ?

Le caractère non sélectif de l'envoi de notifications de retrait a également été considéré comme un problème central aux Etats-Unis, tout comme – ces derniers mois – en Fédération de Russie. Les principales critiques portées contre cette procédure reposent sur l'affirmation que ces demandes de retrait sont souvent envoyées par les titulaires de droits au mépris des droits des utilisateurs.

Ces développements soulèvent la question de la définition et de la portée du *fair use*. Le *fair use* est-il un droit des utilisateurs, que les détenteurs de droits doivent respecter et dont ils doivent garantir l'application ? Ou s'agit-il simplement d'une « défense affirmative⁸² » qui n'entre en jeu qu'au moment du procès ?

Certains chercheurs, par exemple William Patry, estiment que le *fair use* est à la fois un moyen de défense affirmative et un droit positif⁸³. Patry s'appuie en particulier sur la décision du tribunal dans l'affaire *Oulette c. Viacom*⁸⁴, dans laquelle le juge affirme que la doctrine du *fair use* est un droit qui surgit uniquement au niveau des procédures judiciaires en tant que moyen de protection, mais qui ne saurait constituer une base pour intenter une action en justice. En outre, les juges eux-mêmes ne peuvent mettre en avant le *fair use ex officio* ; seul le défendeur, qui a la charge d'établir le *fair use*, peut s'en prévaloir. Comme l'explique Patry, cette doctrine peut uniquement entrer en jeu lorsque (et après que) la partie défenderesse a mené une analyse *prima facie*. Il se réfère à deux affaires portées devant la Cour suprême américaine : l'affaire *Harper & Row c. Nation* (1985, dans laquelle la Cour suprême, abordant le sujet de manière fortuite, s'appuya sur une monographie de Patry⁸⁵ pour fonder sa décision), et l'affaire *Campbell c. Acuff-Rose Music*⁸⁶ mentionnée ci-dessus, dans laquelle la décision se référait de près aux conclusions de l'affaire *Harper & Row*. Ici, Patry affirme que le système du droit d'auteur serait amélioré si le *fair use* devenait un droit affirmatif, à l'instar par exemple de la liberté d'expression, consacrée par le premier amendement de la Constitution des Etats-Unis.

Cependant, certains chercheurs ont relevé qu'« en pratique, presque tous les droits positifs doivent être traités comme des défenses affirmatives dans le cadre de contentieux⁸⁷ ». Pour qualifier le *fair use* de droit, le professeur Kevin Smith se réfère au titre 17 du Code des Etats-Unis, §108,

⁸² En droit civil et pénal américain, la « défense affirmative » est une pratique dans laquelle sont mis en avant des arguments qui ne contestent pas les charges, mais qui justifient néanmoins les actes de la partie défenderesse. Cette pratique est illustrée par la doctrine du *fair use* dans le domaine civil et de la légitime défense dans le domaine pénal.

⁸³ Patry, William F., *Patry on fair use*, WEST. — 2012. — p. 67.

⁸⁴ *Oulette c. Viacom*, WL 1882780. 2011,

https://scholar.google.com/scholar_case?q=Ouellette+v.+Viacom&hl=en&as_sdt=2,5&case=3753744983787595468&scilh=0.

⁸⁵ Patry, William F., *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, 477 n.4. 1985.

⁸⁶ *Campbell c. Acuff-Rose Music*, op.cit.

⁸⁷ Smith K., *Free speech, fair use, and affirmative defenses*, <http://blogs.library.duke.edu/scholcomm/2014/11/03/fair-use-affirmative-defense/>.



(f)4⁸⁸ (« ... [rien dans cette section] n'affecte de quelque manière que ce soit le *droit au fair use* tel que prévu par la disposition §107... » [souligné par nos soins]), ainsi qu'à un certain nombre de décisions de la Cour suprême, qui, portant sur d'autres aspects de l'utilisation de matériel litigieux, ont de manière récurrente abordé le *fair use* en tant que droit.

Néanmoins, il est clair qu'il n'existe actuellement pas de consensus sur ce sujet parmi les avocats et les juges aux Etats-Unis.

Certains chercheurs russes réclament par ailleurs le développement du droit au libre usage des œuvres, qui inclurait le droit de demander aux détenteurs de droits la possibilité d'utiliser les œuvres protégées par DRM. Selon eux, de tels modes de libre usage pourraient répondre aux besoins de la population en termes culturels et de développement personnel et favoriser un équilibre entre intérêts personnels et privés, assurant ainsi leur connexité, qui est un élément essentiel du libre usage⁸⁹⁹⁰.

⁸⁸ Voir titre 17 du Code des Etats-Unis, § 108 – Limites aux droits exclusifs, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/108>.

⁸⁹ Бородин С. С. Свободное использование произведений в аспекте системного взаимодействия принципов авторского права: дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2014. — С. 13-14. (Borodin S.S. L'usage libre en tant qu'aspect de l'interaction du système des principes dans le droit d'auteur. Thèse de doctorat, p. 13-14).

⁹⁰ Соболев М. Н. Справедливое использование произведений в журналистике США: право или позитивная защита? // Перспективы науки. — 2015. — № 1 (64). (Sobol M. *Fair use* aux Etats-Unis : droit ou défense affirmative ?). Соболев М.Н. Свободное использование произведений в СМИ США и России: дис. ... канд. филол. наук. — М., 2014. — p.12-14. (Sobol M. *Fair use* et libre usage dans les médias aux Etats-Unis et en Russie. Thèse de doctorat, p.12-14),

http://vernsky.ru/pubs/6007/Svobodnoe_iskolozovanie_proizvedeniy_v_SMI_SSHA_i_Rossii.



5. Conclusions

Les exceptions et limites au droit d'auteur jouent un rôle important dans le travail des médias aux Etats-Unis et en Fédération de Russie. Les médias utilisent généralement le matériel protégé de manière transformative en raison de leur activités spécifiques : reportages d'actualités, parodies, critiques et commentaires ou parfois de manière fortuite ou accessoire, par exemple lors de diffusions ou de reportages en direct, ce qui constitue un usage clairement loyal – et gratuit – tant aux Etats-Unis qu'en droit russe.

La Russie tend de plus en plus à appliquer la doctrine du libre usage sur la base de l'intérêt public, par le biais de l'introduction d'exceptions et de limites aux dispositions statutaires, par exemple s'agissant des parodies, considérées comme des cas particuliers de libre usage.

Cependant, le développement d'internet, avec ses échanges libres d'information et d'œuvres, y compris de contenus piratés, a entraîné l'adoption de lois plus restrictives. La loi sur le droit d'auteur du millénaire numérique (DMCA) de 1998 a été prise pour modèle pour développer la législation récente de la Fédération de Russie (amendements connus sous le nom de « loi contre le piratage »). Les législateurs russes ont élaboré des instruments comparables à ceux mis en place par la DMCA, tels que les mécanismes précontentieux de règlement des différends entre détenteurs de droits et utilisateurs (notifications de retrait) ainsi que l'approche américaine relative aux DRM. Leur objectif était de combattre les ressources pirates à l'aide des instruments les plus efficaces disponibles.

Mais certaines des critiques qu'a soulevées la DMCA aux Etats-Unis, selon lesquelles les outils de règlement précontentieux des différends entre détenteurs de droits et utilisateurs peuvent conduire à des abus et finir par limiter la dissémination des contenus et la liberté d'expression, sont susceptibles d'avoir un impact différent dans le contexte russe. En particulier, certains experts soulignent que le fait que les demandes de mesures provisoires contre les sites soupçonnés de piratage soient quasiment automatiquement satisfaites peut conduire à des abus de la part de détenteurs de droits⁹¹ et pourrait avoir un effet négatif sur les droits de l'homme, ainsi que l'a relevé le Conseil présidentiel pour les droits de l'homme, le principal gardien des droits de l'homme en Russie⁹².

⁹¹ Télévision en Russie : état des lieux, tendances et perspectives (Телевидение в России: состояние, тенденции и перспективы развития // Доклад под ред. Е. Вартановой, В. Коломийца. - М.: Факультет журналистики МГУ, 2014). – р. 23.

⁹² HRC propose d'établir la liste des œuvres ne pouvant être soumises à blocage dans le domaine public (СПЧ предлагает создать список неблокируемых произведений), <http://izvestia.ru/news/572996#ixzz3x6ouTMJ5>.

