

## Le droit d’auteur aux États-Unis en 2020 : cinq décisions et trois lois

Marshall Leaffer\*

RÉSUMÉ .....	1091
INTRODUCTION .....	1093
PREMIÈRE PARTIE : NOUVELLE LÉGISLATION EN 2020 ..	1094
I- La loi sur les alternatives au droit d’auteur dans l’application des petites créances (CASE Act) .....	1094
II- <i>The Protecting Lawful Streaming Act</i> of 2020 (La Loi sur la protection de la diffusion en continu légale de 2020) .....	1100
III- Rapport du Copyright Office sur l’article 512 du <i>Digital Millennium Copyright Act</i> . .....	1101
DEUXIÈME PARTIE : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME .....	1104
I- <i>Allen v. Cooper</i> : les États sont immunisés contre les allégations de violation du droit d’auteur grâce à l’immunité souveraine .....	1105
II- <i>Georgia v. Public Resource Org.</i> : Est-ce que le droit d’auteur protège les annotations dans le code de droit officiel d’un État ? .....	1108

---

© Marshall Leaffer, 2021.

\* Professeur de droit, Chercheur émérite en droit de la propriété intellectuelle et membre de la Maurer School of Law à l’Université d’Indiana  
[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

TROISIÈME PARTIE : DÉCISIONS EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR DANS LES COURS D'APPEL. . . . .	1110
I- <i>Dr. Seuss v. ComicMix et fair use</i> : la doctrine la plus embarrassante en droit d'auteur. . . . .	1111
II- <i>Skidmore v. Led Zeppelin</i> : la violation du droit d'auteur et la règle du ratio inverse . . . . .	1115
III- <i>Castillo v. G &amp; M Realty L.P.</i> : le doit moral des artistes visuels et le <i>street art</i> . . . . .	1119

## RÉSUMÉ

Cet article est un aperçu des principaux développements de l'année 2020 dans le domaine du droit d'auteur, tant dans les tribunaux qu'au Congrès. Il est divisé en trois parties. La première partie traite de deux nouvelles lois de l'année 2020 affectant le droit d'auteur, dont la plus importante concerne la création d'une cour de petites créances pour les actions en matière de droit d'auteur. La deuxième partie traite de deux affaires de la Cour Suprême. Dans l'arrêt *Georgia c. Public.Resource.Org, Inc.*, la Cour a examiné la question de l'immunité souveraine des États concernant les poursuites pour violation du droit d'auteur. Dans l'arrêt *Allen v. Cooper*, la Cour a examiné dans quelle mesure sont protégées les annotations dans le code de droit officiel d'un État. La troisième partie de cette étude passe en revue trois affaires des Cours d'appel jugées au cours de l'année écoulée. Ces trois affaires, choisies parmi les dizaines qui ont été tranchées en 2020, traitent de questions importantes dont la notion de *fair use* dans le contexte des mash-ups, la détermination de ce qui constitue une similarité substantielle, et enfin, l'application de la *Loi sur les droits des artistes visuels* (VARA) aux graffitis.



## INTRODUCTION

Malgré la pandémie qui fait rage, l'année 2020 a vu des développements majeurs dans le domaine du droit d'auteur, tant dans les tribunaux qu'au Congrès. J'ai divisé mon étude sur les événements de l'année en trois parties.

La première partie traite de deux nouvelles lois touchant le droit d'auteur, signées par le président Trump à la fin de l'année 2020. La première initiative législative, et de loin la plus importante, concerne la création d'une cour de petites créances pour les actions en matière de droit d'auteur. La seconde loi concerne la criminalisation de certains actes de diffusion en continu (*streaming*) qui comble une lacune de longue date dans l'application du droit d'auteur contre les pirates informatiques. Je termine cette première partie par le résumé d'une étude très attendue de l'Office du droit d'auteur et qui concerne la révision de l'article 512 de la Loi sur le droit d'auteur relative aux « havres de sécurité » dont ont bénéficié les fournisseurs de services en ligne. Cette étude propose des modifications de l'article 512 afin de rééquilibrer les besoins des fournisseurs de services en ligne avec ceux des titulaires de droits d'auteur.

La deuxième partie de cet article traite de deux affaires de la Cour suprême. La première affaire concerne la possibilité pour les gouvernements des États de protéger les documents juridiques officiels par le droit d'auteur. Dans l'affaire *Georgia v. Public.Resource.Org, Inc.*<sup>1</sup>, la Cour suprême a déclaré que les annotations du Code officiel de la Géorgie n'étaient pas soumises à la protection du droit d'auteur en vertu de la doctrine des édits gouvernementaux. La deuxième affaire concerne la responsabilité des États en matière de violation des droits d'auteur. Dans l'affaire *Allen v. Cooper*<sup>2</sup>, la Cour a statué à l'unanimité que les États conservent leur immunité souveraine contre les poursuites pour violation du droit d'auteur, malgré une disposition de la loi visant à abroger cette immunité.

---

1. 140 S. Ct. 1498 (2020).

2. 140 S. Ct. 994 (2020).

Pour cette vue d'ensemble, j'ai exclu l'affaire *Google LLC v. Oracle, Inc.*<sup>3</sup>, qui fait son chemin dans le système judiciaire depuis plusieurs années et qui est maintenant en instance devant la Cour suprême. La Cour s'engagera dans une longue bataille sur les interfaces logicielles qui permettent aux programmes informatiques de communiquer entre eux et avec le matériel informatique. L'affaire soulève des questions intéressantes sur la protection du code informatique, sur l'intersection entre le droit d'auteur et le droit des brevets, et sur la norme appropriée de contrôle des décisions du jury sur le *fair use*<sup>4</sup>. Le résultat pourrait avoir des répercussions à long terme sur la protection et l'utilisation des logiciels. La décision de la Cour sur cette affaire devrait être annoncée au printemps 2021.

La troisième partie de mon étude passe en revue trois affaires des Cours d'appel jugées au cours de l'année écoulée. J'ai choisi ces trois affaires parmi les dizaines qui ont été tranchées en 2020, en raison des questions de doctrine intéressantes qu'elles posent. La première est *Dr. Seuss v. ComicMix*<sup>5</sup>, une affaire très attendue du neuvième circuit qui concerne la défense de *fair use* appliquée à un *mash-up* utilisant le contenu du célèbre auteur de livres pour enfants. La seconde est *Skidmore v. Led Zeppelin*<sup>6</sup>, qui a examiné deux problèmes de longue date pour déterminer la « similarité substantielle ». Enfin, j'ai inclus l'affaire *Castillo v. G&M Realty L.P.*<sup>7</sup>, dans laquelle la Cour d'appel du deuxième circuit a appliqué la Loi sur les droits des artistes visuels (*Visual Artists Rights Act* ou VARA) en faveur des graffiteurs dont le travail a été intentionnellement détruit par un promoteur immobilier.

## PREMIÈRE PARTIE : NOUVELLE LÉGISLATION EN 2020

### I- **La Loi sur les alternatives au droit d'auteur dans l'application des petites créances (CASE Act)**

Le 27 décembre 2020, le président Trump a promulgué la *Loi sur les alternatives au droit d'auteur* dans l'application des petites créances (CASE Act ou Loi CASE)<sup>8</sup>, ce qui modifiera la manière dont les litiges relatifs aux droits d'auteur sont menés aux États-Unis.

3. 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2018); *Google LLC v. Oracle America, Inc.*, No. 18-956.

4. La doctrine du *fair use* (usage loyal) est codifiée dans le 17 USC § 107.

5. 983 F.3d 443 (9th Cir. 2020).

6. 952 F.3d 1051 (9th Cir. 2020).

7. 950 F.3d 155 (2d Cir. 2020).

8. Division Q, Title II, Subtitle A, § 212 "Copyright Small Claims", *Consolidated Appropriations Act, 2021*, Pub. L. No. 116- (Dec. 27, 2020). La loi CASE ajoute le chapitre 15 au titre 17 du *United States Code*. Pour plus d'informations, consultez

La loi oblige le Copyright Office à mettre en place un forum pour les litiges relatifs au droit d'auteur impliquant moins de 30 000 \$ en dommages-intérêts, et ce dans un délai de 12 mois, avec la possibilité de demander une prolongation de 180 jours.

### **Un nouveau forum judiciaire pour les petits et moyens auteurs**

Avant l'adoption de la loi CASE, les titulaires de droit d'auteur devaient intenter une action en justice devant la Cour fédérale. Pour la grande majorité des auteurs et des créateurs, la défense des droits d'auteur n'était pas une perspective abordable sur le plan financier. Par conséquent, un nombre important de violations du droit d'auteur n'était pas résolu, car le coût des litiges devant les District Courts était trop élevé. En 2019, le coût moyen d'un procès pour violation de droit d'auteur, que ce soit pour le plaignant ou le défendeur, et hors jugement et sentences, était estimé à 397 000 \$<sup>9</sup>. Pour les particuliers et les petites entreprises, donc des créateurs non commerciaux, qui sont tous des bénéficiaires prévus du droit d'auteur, les litiges relatifs aux droits d'auteur restent une solution inabordable. Côté défendeur, les utilisateurs et les copieurs d'œuvres de création sont pour des raisons identiques tout aussi réticents à se défendre en justice lorsqu'ils sont menacés d'une infraction. Ils se donnent d'ailleurs beaucoup de mal pour éviter le risque d'être poursuivis, même lorsque leurs actions sont pleinement défendables en vertu de la doctrine de l'utilisation équitable (*fair use*) du droit d'auteur.

Comme le taux de violation du droit d'auteur a augmenté, il en va de même pour les obstacles financiers à la poursuite d'une plainte devant une cour fédérale. À l'ère du numérique, où la contrefaçon est souvent endémique, un nouveau forum judiciaire pourrait aider les petits et moyens auteurs à protéger leurs œuvres. Le Congrès a donc mis en place la Commission des réclamations du droit d'auteur (Copyright Claims Board ou CCB) comme moyen permettant aux titulaires de droits d'auteur de poursuivre des réclamations de moindre valeur.

---

l'étude de 2013 du Copyright Office qui recommandait la création d'un tribunal administratif chargé de statuer sur les petites réclamations pour droits d'auteur.

9. Voir le rapport de l'AIPLA sur l'étude économique de 2019 à I-208 (indiquant qu'il en coûte 397 000 \$ US, en moyenne, pour poursuivre un litige fédéral en matière de droit d'auteur par le biais d'un procès pour une réclamation évaluée à moins de 1 000 000 \$ US). Par exemple, l'affaire du photographe Patrick Cariou contre Richard Prince et la galerie Gagosian a pris 5 ans de litige avant d'être finalement réglée en faveur du défendeur.

### **Les procédures dans ce forum alternatif**

La loi CASE crée un forum alternatif aux tribunaux fédéraux pour les litiges relatifs au droit d'auteur impliquant moins de 30 000 \$ en dommages-intérêts ou 15 000 \$ en dommages-intérêts préétablis<sup>10</sup>. Ce nouveau forum, appelé « Copyright Claims Board » est placé au sein du Copyright Office et composé de trois agents à plein temps. Ceux-ci sont recommandés par le Register of Copyrights et nommés par le bibliothécaire du Congrès. Le CCB doit être opérationnel avant le 27 décembre 2021 à moins qu'un délai de 180 jours ne soit demandé par le Copyright Office<sup>11</sup>. Les procédures devant la CCB se dérouleront en ligne, sans qu'il soit nécessaire que les parties comparaissent en personne<sup>12</sup>.

La participation à une procédure devant la CCB est volontaire pour les demandeurs et les défendeurs. Un défendeur, après avoir reçu une notification et une réclamation, peut choisir de se retirer de la procédure dans un délai de 60 jours en adressant une notification écrite à la CCB<sup>13</sup>.

Une demande initiale ou une demande reconventionnelle alléguant la violation de l'exercice exclusif du droit d'auteur ne peut être présentée que si le titulaire du droit d'auteur a dûment demandé son enregistrement auprès du Copyright Office. Toutefois, la CCB ne peut rendre une décision que si un certificat d'enregistrement a été délivré<sup>14</sup>. Une fois que la procédure devant la CCB est engagée, les procédures parallèles des tribunaux de district doivent être suspendues. Une partie peut demander au District Court de réexaminer une décision définitive du CCB dans les 90 jours suivant la décision. Le CCB n'a pas de réel pouvoir d'exécution. Lorsque le jugement n'est pas exécuté sur une base volontaire, une partie pourrait demander l'assistance du District Court pour faire appliquer la décision finale du CCB. La CCB ne fait pas la loi. Autrement dit, une décision du CCB n'a pas d'effet de précédent.

Les motifs de révision sont toutefois limités par la loi. Par exemple, une partie pourrait demander un réexamen en alléguant que la détermination de la CCB était le résultat d'une fraude ou de la corruption, mais elle ne peut pas simplement faire valoir que le CCB a eu tort sur le fond<sup>15</sup>. Une partie pourrait également demander

10. 17 USC §1504(e)(1)(C); 17 USC §1504(e)(1)(D).

11. *Consolidated Appropriations Act*, 2021 §212.

12. 17 USC §1506(c)(1-2).

13. 17 USC §1506(i).

14. 17 USC §1505(a)-(b).

15. 17 USC §1508(c)(1) (A-C).



l'assistance du tribunal de district pour faire appliquer la décision finale du CCB si la partie perdante ne se conforme pas à cette décision. Les frais engagés dans le cadre de ces procédures d'exécution seraient transférés à la partie non conforme<sup>16</sup>.

Dans l'ensemble, la loi a été rédigée dans le but de maintenir l'efficacité des procédures et leur accessibilité par le grand public. La loi est « destinée à être accessible en particulier aux parties qui agissent personnellement et à celles qui n'ont pas été formellement instruites sur le droit d'auteur et qui ne peuvent autrement pas se permettre de faire entendre leurs réclamations devant un tribunal fédéral »<sup>17</sup>. Les parties peuvent comparaître personnellement ou être représentées par un avocat ou un étudiant en droit à titre bénévole.

La loi CASE est susceptible d'augmenter le nombre de plaintes pour violation de droits d'auteur déposée aux États-Unis. Une fois qu'un titulaire de droits fait une demande d'enregistrement de droits d'auteur<sup>18</sup>, les obstacles à la présentation et au jugement d'une affaire de contrefaçon devant la Commission sont réduits : les frais de dépôt sont faibles, la découverte est limitée, les règles de preuve ne s'appliquent pas<sup>19</sup>, les procédures sont effectuées complètement en ligne<sup>20</sup> et le recouvrement des honoraires et des frais d'avocat est limité<sup>21</sup>. Malgré les meilleures intentions de la loi, il reste à déterminer si la Commission créera un forum constructif pour l'exécution efficace et peu coûteuse des poursuites bien fondées, ou bien si elle encouragera simplement des poursuites douteuses qui avaient été dissuadées par les frais des litiges devant la Cour fédérale.

### **Mesures visant à atténuer le risque de litiges frivoles**

La loi CASE comprend des mesures visant à atténuer le risque de litiges frivoles. Par exemple, le Register of Copyrights peut limiter le

16. 17 USC §1508 (a).

17. Les règles fédérales de preuve ne s'appliqueront pas, mais la Commission sera toujours en mesure d'examiner les témoignages, limités aux déclarations des parties et des témoins non experts, et, dans des cas exceptionnels, des témoignages d'experts ou d'autres types de témoignages peuvent être autorisés. Voir 17 USC §1506 (O).

18. 17 USC §1505 (a) (permettant l'affirmation d'une réclamation alors qu'une demande d'enregistrement est toujours en cours).

19. 17 USC §1506(o).

20. 17 USC §1506(c) (1)-(2).

21. 17 USC §1504(e)(3) : « Nonobstant toute autre disposition légale, sauf en cas de mauvaise foi comme prévu à l'article 1506(y)(2), les parties à la procédure devant la Commission de revendication des droits d'auteur supportent leurs propres honoraires et frais d'avocat. »

nombre de procédures qu'un demandeur particulier peut intenter en une seule année<sup>22</sup> et rejeter les réclamations qui ne satisfont pas à certaines exigences procédurales<sup>23</sup>. La loi CASE comprend également plusieurs dispositions qui peuvent dissuader les déclarants de mauvaise foi. Le Register of Copyrights peut accorder des frais et honoraires d'avocat jusqu'à 5 000 \$ contre une partie qui a intenté un litige, une demande reconventionnelle ou une défense de mauvaise foi – définie comme « à des fins de harcèlement ou à d'autres fins inappropriées, ou sans fondement raisonnable en droit ou en fait »<sup>24</sup>. On verra si ces dispositions et les futurs règlements du Copyright Office respecteront l'équilibre entre la résolution effective de petits différends et le blocage des demandes futiles. Cela fera l'objet d'une étude future par le Copyright Office, avec des possibilités de commentaires du public pour améliorer le système<sup>25</sup>.

### La loi CASE est-elle constitutionnelle ?

Sur le plan constitutionnel, la loi CASE est controversée, car elle confère à un organisme gouvernemental un pouvoir judiciaire généralement exercé par les tribunaux en vertu de l'article III de la Constitution. La loi CASE attribue donc au CCB le pouvoir de statuer sur la violation du droit d'auteur et de décider du montant des dommages-intérêts, des actes occasionnés par une « affaire ou controverse » au sens de l'article III. Dans l'affaire *Oil States Energy Services LLC v. Greene's Energy Group, LLC*<sup>26</sup>, la Cour suprême des États-Unis a confirmé la constitutionnalité du Patent Trial and Appeal Board (PTAB), habilité en 2011 par le Congrès en vertu de l'*America Invents Act* (AIA) à examiner la validité des revendications de brevet pour des raisons de nouveauté ou de *non-obviousness* et pour éliminer les revendications de brevet émises par erreur. Selon la Cour suprême, un tel contrôle « relève carrément de la doctrine des droits publics ». Par leur nature, les droits publics sont engagés par des problèmes « entre le gouvernement et d'autres entités, et ne nécessitent donc pas de décision judiciaire ». Ainsi, il reste à déterminer si la loi CASE de 2019 sera contestée pour des motifs constitutionnels.

### Une loi controversée

Malgré son attirance apparente, le *CASE Act* a déclenché une opposition substantielle. Des groupes tels que l'Electronic Frontier

22. 17 USC §1504(g).

23. 17 USC §1506(f)(1)-(2).

24. USC §1506(y)(2).

25. 17 USC §1511(e).

26. 138 S.Ct. 1365 (2018).

Foundation (EFF), le Public Knowledge et l'Alliance des auteurs se sont opposés au projet de loi. Selon ces critiques, le *CASE Act* pourrait causer un préjudice aux individus et aux petites entreprises, tout en donnant potentiellement un coup de pouce aux grandes entreprises et aux trolls du droit d'auteur. Katharine Trendacosta a écrit dans un article de l'EFF :

La loi CASE se veut une solution simple au problème complexe de la violation du droit d'auteur en ligne. En réalité, elle crée un système obscur et labyrinthique que les grands joueurs pourront facilement déjouer. Le nouveau Copyright Claims Board du Copyright Office serait habilité à imposer de lourdes sanctions à toute personne accusée de violation du droit d'auteur. La seule solution serait de répondre au Copyright Office - d'une manière très spécifique, dans un délai limité. Les internautes réguliers, ceux qui n'ont pas les moyens de payer les \$30 000 que cette commission des « petites créances » peut les forcer à payer, seront les plus susceptibles de se perdre dans le battage.<sup>27</sup>

**Conclusion : est-ce que le tribunal des petites créances offre une alternative attrayante pour les titulaires du droit d'auteur ?**

Au cours de l'année prochaine, le Copyright Office désignera des procédures de mise en œuvre des règlements pour rendre le CCB opérationnel. Il faudra encore patienter avant que le Copyright Office mette en œuvre la Loi, promulgue des règlements, établisse les droits et, en fin de compte, remplisse les nombreuses exigences imposées.

Les nouvelles dispositions établissent une perspective différente sur le droit d'auteur qui pourrait faciliter la tâche des titulaires de droits d'auteur devant les tribunaux de district. Dans l'ensemble, il paraît peu probable que le CCB offre une alternative attrayante à la Cour fédérale pour les titulaires de droits d'auteur, à l'exception de certaines petites entreprises et de certains titulaires individuels.

Cependant, le chapitre 15 de la loi CASE contient des dispositions destinées à décourager les plaintes de mauvaise foi ; ce nouveau système peut créer des difficultés pour certains défendeurs. Le problème principal concerne les dommages-intérêts disponibles et

---

27. [Notre traduction] Corynne McSherry et Katharine Trendacosta, « Americans Deserve Better Than the CASE Act », *Inside Sources*, 15 décembre 2020, en ligne: <<https://www.insidesources.com/americans-deserve-better-than-the-case-act/>>.

les limitations du recouvrement des honoraires d'avocats. Si ceux-ci comportent des complications, ils inciteront ces défenseurs à se retirer volontairement de la procédure.

Les conséquences pratiques que le nouveau chapitre 15 de la loi CASE auront sur le paysage des droits d'auteur ne sont pas claires. On ne sait pas non plus si le CCB dissuadera réellement les « trolls du droit d'auteur » ou les aidera, car les infractions qui entraînent des dommages réels minimes peuvent permettre de récupérer une manne également minimale. On espère que le Copyright Office mettra en œuvre des règlements qui permettront aux plaignants devant le CCB de plaider dans l'esprit du modèle des petites créances, où les auteurs peuvent protéger leurs œuvres de manière raisonnable.

## II- *The Protecting Lawful Streaming Act of 2020 (La Loi sur la protection de la diffusion en continu légale de 2020)*<sup>28</sup>

Les Américains comptent de plus en plus sur la diffusion en continu pour profiter de leur musique préférée, d'événements sportifs, de films, d'émissions de télévision, de livres audio et d'autres formes de contenu de divertissement; ce fut particulièrement le cas pendant cette pandémie. Jusqu'à présent, la violation criminelle de la représentation publique par la diffusion vidéo en continu (*streaming*) ne peut être accusée que d'un délit mineur. Bien que les violations des droits de reproduction et de distribution des titulaires de droits d'auteur puissent être considérées comme des crimes, le *streaming* est la forme la plus courante de violation du droit d'auteur. L'incapacité d'accuser le *streaming* comme pourrait nuire à l'économie américaine. On estime en effet que le piratage par *streaming* coûte des milliards de dollars à l'économie américaine chaque année et a des répercussions négatives sur la production des grands films, les émissions de télévision, la musique, les livres audio, les sports en direct, et les émissions à la carte.

La *Loi sur la protection de la diffusion en continu légale de 2020* confèrera au ministère de la Justice le pouvoir d'intenter des poursuites criminelles contre un service de transmission numérique qui

1. est principalement conçu pour permettre la diffusion par *streaming* d'œuvres protégées par le droit d'auteur sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur; ou

28. Voir *Omnibus Consolidated Appropriations Act, 2021 (CAA)*, qui se trouve à la Division Q, Title II, § 211 du CAA. La Loi est codifiée à 18 USC 2319C.

2. n'a aucun but ou usage commercial important autre que celui de diffuser des œuvres protégées par le droit d'auteur sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur ; ou
3. est intentionnellement commercialisée par ou sous sa direction pour promouvoir son utilisation dans la diffusion d'œuvres protégées par le droit d'auteur sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur.

La Loi considère comme un crime la diffusion par *streaming* à grande échelle de documents protégés par le droit d'auteur. Cette loi s'appliquera uniquement aux services commerciaux de diffusion par *streaming* à but lucratif. Elle est conçue pour cibler spécifiquement les sites Web eux-mêmes, et non pas ceux qui peuvent utiliser les sites ou les personnes qui accèdent à des flux piratés ou qui diffusent involontairement des copies non autorisées d'œuvres protégées par le droit d'auteur. La Loi ne s'appliquera pas aux pratiques normales des fournisseurs de services en ligne, aux différends commerciaux de bonne foi, aux activités non commerciales ni aux personnes qui accèdent à des flux piratés ou qui diffusent involontairement des copies non autorisées d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Les personnes qui pourraient utiliser des services de diffusion en continu piratés ne seront pas touchées.

### III. Rapport du Copyright Office sur l'article 512 du *Digital Millennium Copyright Act*

Le 21 mai 2020, le Copyright Office a publié un rapport<sup>29</sup> très attendu sur l'article 512 du *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)<sup>30</sup>, qui prévoit des limitations sur la responsabilité secondaire du droit d'auteur pour les documents publiés en ligne. Les dispositions de la « sphère de sécurité » de l'article 512 ont été créées pour équilibrer les besoins des fournisseurs de services en ligne (*Online Service Providers* ou OSP) avec ceux des créateurs. Les dispositions de l'article 512 permettent aux OSP d'exploiter des plateformes sans sans s'exposer à une responsabilité secondaire pour le contenu contrefait publié par des tiers. Les OSP ont reçu cette responsabilité limitée à condition qu'ils se conforment à certaines exigences, y compris la suppression rapide du contenu contrefait après notification par un titulaire de droits.

29. <<https://www.copyright.gov/policy/section512/>>.

30. L'article 512 de la *Loi sur le droit d'auteur* est codifié à 17 USC § 512.

Lorsqu'il a promulgué le DMCA en 1998, le Congrès avait conçu les dispositions de la sphère de sécurité<sup>31</sup> pour fournir de fortes incitations aux fournisseurs de services et aux titulaires de droits d'auteur à coopérer pour détecter et traiter les violations de droits d'auteur qui ont lieu dans l'environnement numérique. Malgré les progrès des options de contenu et des systèmes de livraison légitimes, et malgré les millions d'avis de retrait<sup>32</sup> soumis quotidiennement, l'ampleur de la violation du droit d'auteur en ligne et le manque d'efficacité de l'article 512 pour remédier à cette situation demeurent des problèmes importants.

Après de nombreuses années d'étude, y compris de nombreuses auditions au Congrès, et des tables rondes, le rapport pose la question de savoir si l'équilibre recherché par le Congrès a été atteint, si l'on considère les changements importants qu'Internet a subis au cours des 20 dernières années. Le rapport de 2020 constitue la première étude gouvernementale sur l'efficacité du système d'avis et de retrait depuis sa promulgation il y a plus de 20 ans. Il considère que ce système donne l'avantage aux prestataires de services, de sorte qu'une intervention du Congrès est désormais justifiée. Le rapport suggère aussi que le Congrès n'a pas besoin d'apporter des modifications globales au DMCA, mais que l'article 512 pourrait nécessiter quelques ajustements pour rétablir l'équilibre exigé.

Promulgué en 1998 dans le cadre du *Digital Millennium Copyright Act*, l'article 512 a établi un système permettant aux titulaires de droits d'auteur et aux entités en ligne de lutter contre les violations en ligne et contre des limitations de responsabilité accordées aux fournisseurs de services numériques conformes pour permettre leur croissance. Le Congrès voulait ainsi permettre aux titulaires de droits d'auteur de coopérer avec les fournisseurs de services Internet pour détecter et traiter les violations de leurs droits. Pour bénéficier de la protection contre la responsabilité en cas de contrefaçon, un fournisseur de services doit satisfaire à certaines exigences, consistant généralement en des mesures de mise en œuvre pour lutter rapidement contre la violation du droit d'auteur en ligne.

---

31. En anglais « *safe harbor* » system.

32. « Avis et retrait » est un processus géré par les hôtes en ligne en réponse à des ordonnances du tribunal ou à des allégations selon lesquelles le contenu est illégal. Le contenu est supprimé par l'hôte à la suite de l'avis. Avis et retrait sont largement exploités en relation avec la violation du droit d'auteur, ainsi que pour la diffamation et d'autres contenus illégaux.

Bien que le Congrès ait compris qu'il serait essentiel de lutter contre les violations en ligne à mesure qu'Internet continuait de se développer, il a peut-être été difficile d'anticiper le monde en ligne tel que nous le connaissons aujourd'hui. C'est un monde où les utilisateurs téléchargent quotidiennement des centaines de millions de photos, de vidéos et d'autres articles. C'est un monde où les fournisseurs de services reçoivent plus d'un million d'avis de violation présumée. Ces développements, ainsi que les changements technologiques et des modèles commerciaux qui se sont produits au fil des années, ont entraîné des changements dans l'écosystème Internet qui, selon le Copyright Office, mériteraient une étude plus approfondie. Comme recommandé par le Register of Copyrights et demandé par un membre haut placé de la commission judiciaire de la Chambre lors d'une audience en avril 2015, le Copyright Office a lancé une étude évaluant l'impact et l'efficacité de l'article 512.

Le Copyright Office a conclu que le fonctionnement du système de la sphère de sécurité de l'article 512 est aujourd'hui déséquilibré. Le rapport met en évidence les domaines dans lesquels la mise en œuvre actuelle de l'article 512 n'est pas synchronisée avec l'intention initiale du Congrès, notamment : les conditions d'admissibilité pour les havres de sécurité des fournisseurs de services<sup>33</sup>, les politiques relatives aux contrevenants récidivistes<sup>34</sup>, les normes d'exigence de connaissances<sup>35</sup>, la spécificité des avis de retrait<sup>36</sup>, les exigences d'avis à comparaître et les injonctions<sup>37</sup>. Le Copyright Office ne recommande aucune modification globale de l'article 512, mais définit plutôt certains domaines dans lesquels le Congrès pourrait souhaiter affiner le fonctionnement actuel de l'article 512 afin de mieux équilibrer les droits et les responsabilités des fournisseurs de services en ligne et ceux des titulaires de droits dans les industries de la création.

De plus, le rapport indique les zones non législatives qui pourraient potentiellement accroître l'efficacité du système de sphère de sécurité<sup>38</sup>. Il recommande des initiatives éducatives, y compris la création de documents explicatifs, dans le but de réduire les avis de retrait inappropriés et les contre-allégations. Le rapport propose également que les intervenants travaillent ensemble pour élaborer des mesures volontaires, y compris des pratiques exemplaires et des

33. Rapport, p. 84-95.

34. *Id.*, p. 95-110.

35. *Id.*, p. 111-136.

36. *Id.*, p. 145-152.

37. *Id.*, p. 128-136.

38. *Id.*, p. 171-197.

protocoles. De plus, il suggère que les créateurs et les fournisseurs de services en ligne collaborent à l'élaboration de mesures techniques normalisées pour « réduire le fardeau et accroître l'efficacité et l'efficacité de l'article 512 pour tous les intervenants ».

Maintenant que le rapport a finalement été publié, la prochaine étape cruciale consiste pour le Congrès à entamer le processus de déterminer s'il faut mettre en œuvre certains des changements recommandés et, le cas échéant, comment le faire. Le rapport compte près de 200 pages et formule 12 « conclusions et recommandations ». Le thème commun à ces conclusions est simple : de nombreuses interprétations par les tribunaux des diverses dispositions de l'article 512 au cours des vingt dernières années ne sont pas conformes à l'intention du Congrès.

## DEUXIÈME PARTIE : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME

Cette année, la Cour suprême des États-Unis a tranché deux affaires importantes de droit d'auteur. Dans *Allen v. Cooper*, la Cour a conclu à l'unanimité que les États conservent leur immunité souveraine contre les poursuites pour violation du droit d'auteur, malgré une disposition de la Loi sur le droit d'auteur visant à abroger cette immunité. Dans *Georgia v. Public.Resource. Org, Inc.*, la Cour a jugé que les annotations du Code officiel de la Géorgie n'étaient pas soumises à la protection du droit d'auteur en vertu de la doctrine des décrets gouvernementaux.

En raison de la pandémie de coronavirus, la Cour suprême n'a pas pu entendre un grand nombre des plaidoiries prévues pour avril et mai. Les plaidoiries dans ces affaires ont été reportées et seront reprogrammées pour le début de la prochaine législature. Parmi les affaires reprogrammées figure l'affaire *Google LLC v. Oracle America Inc*<sup>39</sup>, une affaire de droit d'auteur très suivie qui soulève les questions de la protection du code informatique et de la doctrine du *fair use* du droit d'auteur. La décision rendue dans cette affaire aura des répercussions importantes sur de nombreux secteurs, y compris sur le secteur des technologies numériques, et laisse entendre que le mandat 2020-2021 de la Cour suprême pourrait continuer à avoir une incidence majeure sur le développement du droit de la propriété intellectuelle.

39. 886 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2018); *Google LLC v. Oracle America, Inc.*, No. 18-956.



### **I- *Allen v. Cooper* : les États sont immunisés contre les allégations de violation du droit d'auteur grâce à l'immunité souveraine**

En 1990, le Congrès des États-Unis a adopté une loi abrogeant l'immunité des États contre les poursuites pour violation du droit d'auteur<sup>40</sup>. Dans *Allen v. Cooper*<sup>41</sup>, la Cour suprême a déclaré que le Congrès n'a pas le pouvoir d'abroger l'immunité souveraine des états, conformément à la *Loi sur la clarification du droit d'auteur (Copyright Remedy Clarification Act* ou CRCA) de 1990. La Cour a fondé sa décision d'abrogation de l'immunité souveraine sur sa précédente décision sur le *Patent Remedy Act* qui avait abrogé l'immunité souveraine des États lorsqu'ils étaient poursuivis pour violation de brevets<sup>42</sup>. D'après Allen, les États sont désormais effectivement immunisés contre les actions pour violation du droit d'auteur à moins que le Congrès ne crée une nouvelle loi permettant l'abrogation de l'immunité souveraine dans ce domaine.

#### **Les faits**

En 1996, une entreprise privée a découvert l'épave d'un navire réquisitionné par Blackbeard, le célèbre pirate. L'État de Caroline du Nord, qui est devenu le propriétaire de l'épave, a engagé la compagnie pour récupérer l'épave. Par la suite, l'entreprise a ensuite embauché un vidéaste, Frederick Allen, pour filmer ses activités. M. Allen a protégé les droits d'auteur des images et des vidéos qu'il a créées. Plusieurs années plus tard, l'État a mis en ligne cinq des vidéos et en a imprimé une photo dans un bulletin d'information. Allen a poursuivi la Caroline du Nord devant un tribunal fédéral pour violation du droit d'auteur. La Caroline du Nord a fait valoir qu'en vertu de la doctrine de l'immunité souveraine, elle ne pouvait être tenue responsable de la violation du droit d'auteur. Allen a soutenu que le CRCA de 1990 abrogeait l'immunité souveraine des États et que, par conséquent, la Caroline du Nord pouvait être tenue responsable.

#### **La décision**

Le CRCA prévoit spécifiquement que les États ne seront pas immunisés, en vertu du onzième amendement de la Constitution des

40. Codifiée à 17 USC §511.

41. 140 S. Ct. 994 (2020).

42. *Florida Prepaid Postsecondary Ed Expense Bd v. College Savings Bank*, 527 US 627 (1999).

États-Unis ou de toute autre doctrine d'immunité souveraine contre les poursuites pour violation du droit d'auteur<sup>43</sup>. Néanmoins, la Cour suprême a confirmé la décision du quatrième circuit selon laquelle la tentative du Congrès de révoquer l'immunité souveraine de l'État était invalide, parce qu'elle était inconstitutionnelle.

Selon la jurisprudence, deux conditions doivent être remplies avant qu'un tribunal fédéral puisse entendre une poursuite contre un État. Premièrement, selon la Cour, « le Congrès doit avoir adopté un “langage statutaire non équivoque” abrogeant l'immunité des États contre le procès. » Deuxièmement, « une disposition constitutionnelle doit permettre au Congrès d'empiéter ainsi sur la souveraineté des États ». Bien que le CRCA ait satisfait à la première de ces exigences, la Cour a conclu qu'il ne satisfaisait pas à la seconde. En rejetant les arguments d'Allen, la Cour s'est fortement appuyée sur la décision *Florida Prepaid Postsecondary Ed. Dépenses Bd. v. College Savings Bank*<sup>44</sup>, dans laquelle la Cour avait décidé que le *Patent Remedy Act* n'abrogeait pas l'immunité souveraine des États en matière de poursuites pour contrefaçon de brevet. En particulier, la Cour a estimé qu'en vertu de *Florida Prepaid* et du principe du *stare decisis*, le pouvoir d'abroger l'immunité souveraine des États ne pouvait pas être trouvé dans la clause relative à la propriété intellectuelle de l'article premier de la Constitution.

### **Recours alternatifs pour violation du droit d'auteur par les états**

En invalidant la partie du CRCA qui met les États à égalité avec les parties privées, la Cour suprême a laissé les titulaires de droits d'auteur privés sans moyen de tenir les gouvernements des États responsables en vertu de la loi sur le droit d'auteur. Selon la décision de la Cour, les États, ainsi que les universités et autres organismes d'État, peuvent utiliser, sans licence, du contenu protégé par le droit d'auteur tel que des manuels, des logiciels et des applications d'apprentissage en ligne, ou d'autres ressources basées sur l'éducation. Donc, si une entité publique (telle qu'un gouvernement d'État, une université ou une agence) choisit d'utiliser des photographies ou d'autres œuvres dont elle n'est pas propriétaire, le titulaire des droits d'auteur ne peut intenter une action que si le gouvernement de l'État consent à être poursuivi.

43. 17 U.S.C. § 511 (a).

44. 527 U.S. 627 (1999)

Cela ne fait que souligner la nécessité d'un contrat qui décrit les droits de chaque partie. Bien entendu, si les États ne sont pas obligés de consentir à être poursuivis, il est difficile d'imaginer ce qui les inciterait à le faire dans un contrat, mais cela ne signifie pas pour autant que les États ne pourront jamais être tenus responsables.

Comme l'a déclaré le juge Kagan, cela « ne doit pas empêcher le Congrès d'adopter une loi valide d'abrogation du droit d'auteur à l'avenir. Ce faisant, le Congrès aborderait vraisemblablement la question d'une manière différente de celle de son adoption par le CRCA »<sup>45</sup>. Si le Congrès devait répondre à cette décision en rédigeant une loi plus étroite traitant des recours en violation du droit d'auteur, les États pourraient être tenus responsables de violations du droit d'auteur.

Il est possible que le Congrès tente de légiférer sur un résultat différent. Jusqu'à ce que cela se produise, il existe des alternatives juridiques qui peuvent aider les ayants droit à se protéger malgré la décision *Allen*. Les propriétaires du droit d'auteur peuvent encore empêcher les agents de l'État de continuer à enfreindre leurs droits d'auteur en demandant une injonction. Par exemple, un tribunal a conclu que si une entité gouvernementale ne pouvait pas être poursuivie pour des dommages-intérêts en raison d'une violation du droit d'auteur, l'immunité souveraine n'interdisait pas une injonction contre des représentants de l'État<sup>46</sup>. En outre, certains États ont renoncé à l'immunité. Par exemple, le Minnesota, la Géorgie, le Colorado et le Maryland ont renoncé à l'immunité dans des circonstances limitées.

## Conclusion

Avec cette décision, la Cour suprême a décrété que les gouvernements des États sont immunisés contre les poursuites pour violation du droit d'auteur. En outre, en l'absence, d'une part, d'une intention claire du Congrès et, d'autre part, d'un moyen qui porte atteinte de manière « congruente et proportionnelle » à la souveraineté des États, la Cour a confirmé cette immunité<sup>47</sup>.

Selon la Cour, le Congrès des États Unis pourrait édicter une loi spécialement rédigée pour empêcher les États de se comporter comme des pirates du droit d'auteur. Même en respectant les limites constitutionnelles, la Cour a laissé entendre que le Congrès pouvait

45. *Id.*, à 27.

46. [Notre traduction] *Bassett v. Mashantucket Pequot Museum & Research Ctr.*, 221 F. Supp. 2d 271 (D. Conn. 2002).

47. *Allen*, 2020 U.S. LEXIS 1909, 33.

agir pour changer l'effet d'*Allen*. Compte tenu des implications négatives de grande portée sur les titulaires de droits d'auteur et sur les créateurs, parmi tant d'autres, cette question est appropriée pour un examen par le Congrès. Alors que, comme indiqué dans la Constitution américaine, l'immunité souveraine des États est un concept reconnu depuis longtemps, le Congrès n'a pas pour autant l'intention de permettre aux États de fonctionner sur une base « libre pour tous » en ce qui concerne l'utilisation du droit d'auteur d'autrui. Néanmoins, la situation demeure que les États ne peuvent pas être poursuivis pour violation du droit d'auteur sans leur consentement.

## **II- *Georgia v. Public Resource Org.*<sup>48</sup> : Est-ce que le droit d'auteur protège les annotations dans le code de droit officiel d'un État ?**

Dans ce litige, la Cour suprême a estimé que les œuvres rédigées par les législateurs en leur qualité de législateur n'étaient pas susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur. La décision prolonge la « doctrine des édits gouvernementaux » des États-Unis qui incarne le principe selon lequel « nul ne peut posséder la loi ». Cette doctrine a été appliquée aux États-Unis pour garantir que les juges, qui ont le pouvoir d'interpréter la loi, ne puissent pas faire valoir la protection du droit d'auteur sur les œuvres créées dans le cadre de leur fonction judiciaire. Maintenant, en conséquence de la décision de la Cour suprême, la « doctrine des édits gouvernementaux » a été étendue pour couvrir les œuvres des législateurs dans leur capacité législative.

### **Les faits**

Le Code officiel annoté de la Géorgie est une compilation des lois de la Géorgie accompagnée de diverses annotations, « comprenant des lignes d'histoire, des lignes d'abrogation, des références croisées, des commentaires, des notes de cas, des notes de l'éditeur, des extraits d'articles de revues juridiques, des résumés d'opinions du Procureur général de la Géorgie, des résumés d'avis consultatifs du barreau de l'État et d'autres références de recherche ». Bien que le code lui-même dispose que les annotations font partie du code officiel et que les parties statutaires « doivent être fusionnées avec les annotations », la loi géorgienne prévoit que les annotations elles-mêmes n'ont pas force de loi. Les annotations sont préparées conformément

---

48. 140 S. Ct. 1498 (2020).

à un accord entre Mathew Bender & Co, une division opérationnelle du groupe LexisNexis, et l'État de Géorgie, en vertu duquel l'État exerce un contrôle de surveillance omniprésent par le biais de sa Commission de révision du code, un organe établi par l'Assemblée générale de Géorgie. Public.Resource.Org (PRO) est une organisation à but non lucratif dont la mission est d'améliorer l'accès du public aux documents gouvernementaux et aux documents juridiques de base. En 2013, PRO a acheté les 186 volumes de la version imprimée de l'OCGA et de ses suppléments, les a numérisés et les a téléchargés sur son site web pour qu'ils soient accessibles gratuitement au public. Il a également distribué des copies numériques aux législateurs géorgiens et à d'autres organisations et sites Web.

La Commission a poursuivi PRO en 2015 devant le tribunal fédéral de district, et a demandé une injonction. PRO a reconnu sa publication et sa diffusion de l'OCGA, mais a nié que l'État de Géorgie détienne un droit d'auteur exécutoire sur le code. Le tribunal de district a donné raison à la Commission, estimant que comme les annotations de l'OCGA n'ont pas force de loi, elles ne sont pas du domaine public. En appel, la Cour d'appel américaine pour le Onzième Circuit a infirmé cette décision, estimant qu'en raison de la manière dont elles sont écrites et intégrées dans le code « officiel », les annotations de l'OCGA sont attribuables à la paternité constructive du peuple et sont donc intrinsèquement du domaine public. Pour parvenir à cette conclusion, le Onzième Circuit a examiné l'identité des fonctionnaires qui ont créé l'œuvre, l'autorité de l'œuvre et le processus par lequel elle a été créée - constatant que chacun de ces marqueurs soutenait la conclusion selon laquelle les personnes étaient les auteurs constructifs des annotations.

### **La décision**

La décision de la Cour s'est centrée sur la doctrine des édits gouvernementaux. Selon cette doctrine, les juges ne peuvent pas être auteurs des œuvres qu'ils produisent dans le cadre de leurs fonctions officielles, que ces œuvres aient ou non force de loi. Le même raisonnement s'applique aux législateurs et aux œuvres qu'ils produisent. Le « principe animateur », amplement étayé par la jurisprudence, est que « nul ne peut être propriétaire du droit ». La Cour a d'abord examiné si les annotations sont créées par les législateurs. Bien que les annotations aient été préparées par une société privée, le contrat prévoit que la Commission de révision du code de Géorgie est le seul « auteur » de l'œuvre. En raison de la manière dont elle est créée, dont elle reçoit des fonds et du personnel, et dont elle fonctionne, la

Commission est un « bras » de l'Assemblée législative de Géorgie avec une « autorité législative » qui inclut « la préparation et la publication des annotations ». Ce lien est renforcé par le fait que la Commission a intenté ce procès « au nom et pour le compte » de l'Assemblée législative de Géorgie et de l'État de Géorgie. Dans un second temps, la Cour a examiné si les annotations étaient créées dans le cadre de fonctions législatives.

### **Conclusion**

Public.Resource.Org fournit également une règle relativement simple : les œuvres créées par les législateurs dans le cadre de leurs fonctions officielles ne peuvent être protégées par le droit d'auteur. Cette règle ne concerne pas seulement la Géorgie, mais plusieurs autres États américains qui ont des dispositions similaires pour produire des versions annotées de leurs lois. Toutefois, la Cour a estimé que les annotations en cause avaient été rédigées par le législateur géorgien, en grande partie parce que la Commission de révision du code était l'« auteur » d'une œuvre réalisée à la demande d'un tiers, en raison de sa relation contractuelle avec Matthew Bender. Si les États ont l'intention de maintenir la protection des droits d'auteur sur leurs codes annotés, ils peuvent envisager de structurer leurs relations de telle sorte que des sociétés privées soient considérées comme les auteurs de ces annotations, et les cèdent sous licence aux États.

### **TROISIÈME PARTIE : DÉCISIONS EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR DANS LES COURS D'APPEL**

L'année 2020 a vu une évolution significative du droit d'auteur malgré une légère baisse des affaires jugées par les cours d'appel. Il est toujours difficile de choisir les développements les plus significatifs de la jurisprudence parmi les dizaines d'affaires concernant le droit d'auteur. Pour cette étude, j'ai choisi trois affaires en raison de leur importance particulière. À mon avis, ces trois affaires seront citées à l'avenir pour leur discussion sur trois questions : (1) l'utilisation équitable d'une œuvre protégée par le droit d'auteur dans les cas de satire et de parodie ; (*Dr. Seuss v. ComicMix*) ; (2) les normes relatives à la violation du droit d'auteur dans le contexte des œuvres musicales (*Skidmore v. Led Zeppelin*) ; (3) la détermination de ce qui constitue la « destruction intentionnelle d'une œuvre d'une stature reconnue » en vertu du VARA (Loi sur les droits des artistes visuels) (*Castillo v. G & M Realty L.P.*).

### I- ***Dr. Seuss v. ComicMix* et *fair use* : la doctrine la plus embarrassante en droit d'auteur**

La Cour d'appel du neuvième circuit a rendu son avis dans *Dr. Seuss v. ComicMix*<sup>49</sup>, une affaire de *fair use*<sup>50</sup> très suivie par la communauté juridique. Dans cette affaire, la Cour d'appel a statué que « *Oh, the Places You'll Boldly Go, (Boldly)* » – le mélange de *ComicMix* sur le thème de *Star Trek* – était une violation du droit d'auteur plutôt qu'une parodie. La décision marque une étape importante dans le développement de la doctrine de *fair use*, lorsqu'elle est appliquée aux *mash-ups* – c'est-à-dire le cas où deux (ou plus) œuvres préexistantes sont fusionnées pour créer une nouvelle œuvre. Cependant, l'explication minutieuse donnée par la Cour de ce qui constitue un *fair use* dans cette affaire ne se limite pas à des *mash-ups*, et elle aura sûrement une influence dans les années à venir. Cette décision nous donne, à ce jour, l'explication claire de l'utilisation transformatrice par une Cour d'appel. Et le fait que cette clarification provienne d'un tribunal du Neuvième Circuit - le « circuit d'Hollywood » - la rend d'autant plus importante.

#### **Qu'est-ce que le *fair use* ?**

Le *fair use* a été défini comme le « privilège d'une personne autre que le titulaire d'un droit d'auteur d'utiliser le contenu protégé d'une manière raisonnable, sans consentement, malgré le monopole accordé au propriétaire »<sup>51</sup>. C'est de loin la défense la plus utilisée contre une action pour violation du droit d'auteur aux États-Unis. L'article 107 prévoit une liste de situations (A) et quatre critères (B) pour déterminer si l'utilisation en cause constitue un *fair use*. Selon l'historique de la législation, ces quatre facteurs représentent une codification du *fair use*<sup>52</sup>. Pour déterminer si l'utilisation d'une œuvre, dans un cas particulier, constitue un *fair use*, les facteurs suivants sont à prendre en considération :

- (1) le but et le caractère de l'utilisation, y compris si cette utilisation est de nature commerciale ou à des fins éducatives à but non lucratif;

49. 983 F.3d 443(9th Cir. 2020).

50. Nous conserverons l'expression anglaise *fair use* en tant que concept spécialisé du droit américain plutôt que de la traduire par « usage loyal » ou « usage équitable », que certains chercheurs français utilisent.

51. *Rosemont Enters., Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303, 306 (2<sup>d</sup> Cir. 1966) (citant H. Ball, *Copyright and Literary Property* 260 (1944)).

52. H.R. REP. NON. 94-1476, à 66 (1976).

- (2) la nature de l'œuvre protégée ;
- (3) le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ; et
- (4) l'effet de l'utilisation sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée.

Le *fair use* est certainement la doctrine la plus problématique en droit d'auteur américain. Sa codification à l'article 107 de la loi sur le droit d'auteur a incité les tribunaux et les juristes à fournir une synthèse rationnelle de cette doctrine essentiellement amorphe. De loin, la plus influente de ces synthèses est celle du juge Pierre Leval dans un article où il explique que le *fair use* d'une œuvre protégée est une utilisation transformatrice. Qu'est que « l'utilisation transformatrice ? D'après le juge Leval, cela se produit lorsqu'un usage a transformé l'original et, ce faisant, ajoute de la valeur en créant de « nouvelles informations, de nouvelles esthétiques, de nouvelles idées et compréhensions »<sup>53</sup>.

Cette notion de *fair use* comme utilisation transformatrice a été adoptée par la Cour suprême dans *Campbell v. Acuff-Rose* qui a déclaré qu'une parodie du groupe de hip hop *Two Live Crew* était suffisamment transformée et constituait un cas de *fair use*. La question de la transformativité est principalement analysée en vertu du premier facteur de *fair use*, c'est-à-dire le but et le caractère de l'utilisation, mais elle pèse également lourdement sur les trois autres facteurs. Cependant, en pratique, les tribunaux ont utilisé (certains diraient « abusé ») la doctrine de l'utilisation transformative comme méthode expéditive pour résoudre des affaires difficiles sans avoir à se lancer dans l'évaluation des quatre facteurs de l'article 107.

### Les faits

Dans l'affaire *Dr. Seuss v. ComicMix*, le plaignant, Dr. Seuss Enterprises L.P. (Dr. Seuss), était le cessionnaire des droits d'auteur sur les œuvres de Theodor S. Geisel, l'auteur défunt qui a écrit sous le pseudonyme « Dr. Seuss ». Dr. Seuss a poursuivi les défendeurs,

53. Pierre N. Leval, "Toward a Fair Use Standard", 103 *HARV. L. REV.* 1105, 1111 (1990). Cet article indique qu'une utilisation est « transformatrice » si elle est productive et utilise la matière citée d'une manière différente ou dans un but différent de celui de l'original ; cela ajoute de la valeur à l'original. Pour une application de la doctrine d'utilisation transformatrice du juge Leval, voir *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).



ComicMix LLC et trois individus (collectivement, ComicMix), pour violation des droits d'auteur sur, entre autres, le mixage par ComicMix de l'œuvre emblématique de Dr. Seuss, *Oh, the Places You'll Go ! (Go)*. Ce mixage de l'œuvre de Dr. Seuss a consisté à la transposer sur le thème de Star Trek, et à l'intituler *Oh, the Places You'll Boldly Go ! (Boldly)*. Le *mash-up* *Boldly* comprenait des copies serviles des images et de l'aspect général de *Go !* mais avec les personnages russes remplacés par l'équipage du vaisseau Enterprise de Star Trek et le texte et les images réinterprétés pour les Trekkies.

ComicMix a répondu que *Boldly* était une parodie, et donc une création de type *fair use*, de *Go !* mais le Dr. Seuss n'était pas d'accord avec cette théorie et a poursuivi ComicMix pour violation du droit d'auteur. Le tribunal de district s'est rangé du côté de ComicMix, estimant que *Boldly* étant une parodie transformatrice de *Go !*, cela n'affecterait pas les ventes de Dr. Seuss. Le Dr. Seuss a fait appel.

### La décision

Annulant la décision du tribunal de district, le Neuvième Circuit a estimé que les quatre facteurs utilisés pour déterminer si l'utilisation particulière de l'œuvre protégée est un *fair use* ont pesé en faveur de Dr. Seuss. De manière typique, le tribunal a appliqué les quatre facteurs du *fair use*.

Le premier facteur de *fair use* – le but et le caractère de l'utilisation – consiste à déterminer si la nouvelle œuvre est transformatrice. La question principale est de déterminer si l'œuvre du défendeur a ajouté quelque chose de nouveau et modifie ainsi le message ou l'expression de l'œuvre originale. Une parodie, définie comme une nouvelle œuvre qui imite des éléments d'une œuvre antérieure pour la commenter ou la ridiculiser, est plus susceptible d'être considérée comme transformatrice. Le Neuvième Circuit a catégoriquement rejeté la caractérisation de *Boldly* par ComicMix comme une parodie de *Go !* constatant, que *Boldly* n'avait ni critiqué ni commenté *Go !*. Au lieu de cela, le défendeur n'avait fait qu'imiter que les éléments expressifs de *Go !* « pour attirer l'attention ou pour éviter la corvée de travailler sur quelque chose de nouveau. » Comme le montrent les exemples ci-dessous, *Boldly* a simplement réutilisé les images et le texte utilisés dans *Go !*. s'opposant définitivement à une conclusion de *fair use*.

Le Neuvième Circuit a conclu que le deuxième facteur de *fair use* — la nature de l'œuvre protégée par le droit d'auteur — pesait en faveur de Dr. Seuss parce que *Go !* était une œuvre créative et expressive.

En ce qui concerne le troisième facteur — la quantité et le caractère substantiel de la partie utilisée par rapport à l'œuvre protégée dans son ensemble — a également favorisé Dr. Seuss. Le Neuvième Circuit a estimé que *Boldly* utilisait une portion significative de *Go !* à la fois quantitativement et qualitativement, concluant ainsi à une situation de *fair use*. Plus précisément, *Boldly* a copié aussi fidèlement que possible, près de 60 % de *Go !* et y a ajouté des illustrations significatives de Grinch et Sneetches, constituant collectivement le cœur des œuvres. La copie textuelle de ComicMix a pesé contre la recherche d'un *fair use*.

Le quatrième facteur — l'effet de l'utilisation sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre protégée par le droit d'auteur — favorisait également Dr. Seuss. Pour commencer, ComicMix avait pour objectif de capitaliser sur le même marché que *Go !*. De plus, le Dr. Seuss a déjà largement autorisé des œuvres et collaboré avec d'autres créateurs, de sorte que des œuvres audacieuses et similaires sans licence entraîneraient un préjudice commercial pour lui. Concluant que « la conduite illimitée et généralisée » du type de celle engagée par ComicMix pourrait créer des incitations au piratage des droits d'auteur et décourager la création de livres illustrés comme *Go !*, le Neuvième Circuit a estimé que ComicMix ne pouvait pas soutenir une défense de *fair use*.

## Conclusion

La décision du Neuvième Circuit est un bon rappel pour les créateurs de *mash-ups* : la parodie est un concept relativement limité, nécessitant des commentaires ou des critiques sur une œuvre antérieure. La parodie est plus susceptible d'être considérée comme un *fair use* transformateur que d'autres formes de commentaire social, par exemple, la satire. Cependant, on ne peut pas simplement copier les éléments essentiels d'une œuvre protégée par le droit d'auteur et puis les placer dans un contexte différent ou humoristique. Cela est une contrefaçon plutôt qu'une parodie.

Le résultat de ComicMix est bienvenu pour les titulaires de droits, mais fâcheux pour les créateurs de *mash-ups*, ceux qui copient servilement des éléments substantiels des œuvres originales tout en

ne les ridiculisant pas. Dans l'ensemble, la décision du Neuvième Circuit est une évolution opportune de la doctrine du *fair use*. Depuis la décision *Campbell* il y a près d'un quart de siècle, la notion d'utilisation transformatrice a pris un rôle qui réduit le droit exclusif de préparer des œuvres dérivées. L'œuvre de ComicMix a utilisé l'œuvre originale pour créer une nouvelle expression, mais il manquait une justification à cette stratégie. Heureusement, le Neuvième Circuit a pu distinguer la nature transformatrice d'une œuvre dérivée qui créerait un préjudice économique pour le plaignant.

## II- *Skidmore v. Led Zeppelin* : la violation du droit d'auteur et la règle du ratio inverse

Dans *Skidmore v. Led Zeppelin*<sup>54</sup>, une affaire qui aura certainement un impact sur les affaires futures, la Cour d'appel du Neuvième Circuit a rendu une décision en faveur de Led Zeppelin contre un procès intenté par Skidmore qui soutenait que le célèbre classique du rock, *Stairway to Heaven* de Led Zeppelin portait atteinte à sa chanson *Taurus*. La décision *en banc* a abordé plusieurs questions importantes relatives au droit d'auteur. La plus critique de ces questions était l'interaction entre les lois sur le droit d'auteur de 1909 et 1976 et l'annulation par la Cour de son propre précédent. Dans cette décision, la Cour a rejeté une doctrine parfois appelée « la règle du ratio inverse »<sup>55</sup>. Elle a conclu que, indépendamment de la notoriété d'une œuvre protégée, tous les demandeurs doivent satisfaire au même niveau de preuve en démontrant qu'une œuvre prétendument contrefaite est substantiellement similaire à l'œuvre protégée.

### Les faits

En 2014, 43 ans après la sortie de *Stairway to Heaven* de Led Zeppelin, Michael Skidmore, cofiduciaire de la succession de Randy Wolfe qui était membre du groupe *Spirit* et auteur de la chanson de 1967 *Taurus*<sup>56</sup>, a engagé une poursuite judiciaire pour violation du droit d'auteur, alléguant une similitude substantielle entre les notes d'ouverture de *Stairway to Heaven* et la chanson instrumentale de *Spirit Taurus*. Au procès, le jury a rendu un verdict en faveur de Led Zeppelin, concluant que les deux chansons n'étaient pas substan-

54. 952 F.3d 1051 (9th Cir. 2020).

55. La règle du ratio inverse a été formulée pour la première fois dans *Sid & Marty Krofft Telev. Prods. v. McDonald's* 562, F.2d 1157, 1172 (9th Cir. 1977).

56. Alors que l'affaire a été introduite quarante-trois ans après l'apparition de la première cause d'action, la réédition de Led Zeppelin IV a déclenché le début d'une nouvelle période légale, permettant à l'affaire de suivre son cours.

tiellement similaires selon le « critère extrinsèque », qui compare objectivement les aspects protégés d'une œuvre. Skidmore a fait appel. En appel, le Neuvième Circuit a annulé en partie le jugement du tribunal de district et a renvoyé l'affaire pour un nouveau procès.

Le Neuvième Circuit a accordé une répétition en banc pour aborder la portée du droit d'auteur de Wolfe sur *Taurus* et pour déterminer si une copie illégale était présente dans la chanson à succès de Led Zeppelin. La Cour d'appel a tranché à l'unanimité dans *Skidmore v. Led Zeppelin*<sup>57</sup> et a décidé que le « degré élevé d'accès » d'un défendeur à une œuvre protégée par le droit d'auteur ne réduit pas le fardeau du demandeur de montrer une similitude substantielle entre le matériel protégé et la contrefaçon. La Cour a aussi indiqué qu'une violation du droit d'auteur d'une œuvre non publiée avant 1978 est basée sur la version déposée auprès du Copyright Office.

### **Les éléments de la violation du droit d'auteur et la règle du ratio inverse**

Cette affaire est importante parce que le Neuvième Circuit a revisité la question fondamentale, à savoir la règle du ratio inverse pour prouver la violation du droit d'auteur. Avant d'examiner la décision du tribunal, il faut comprendre le rôle de la règle du ratio inverse dans le contexte d'une action de la violation du droit d'auteur.

Afin d'établir une contrefaçon, un demandeur doit établir (1) qu'il possède un droit d'auteur valide sur l'œuvre et (2) que des éléments protégés de cette œuvre ont été copiés par le défendeur. En outre, le deuxième volet comporte deux éléments que le demandeur doit démontrer : premièrement, que le défendeur a effectivement copié, et deuxièmement, que la copie constituait une « appropriation illégale », c'est-à-dire que les œuvres sont essentiellement similaires<sup>58</sup>.

En l'absence de « preuve directe que le défendeur a copié l'œuvre, un demandeur doit présenter une preuve "circonstancielle" que le défendeur avait accès à l'œuvre du demandeur et que les deux œuvres partagent des similitudes probantes de copie »<sup>59</sup>. Pendant 40 ans, jusqu'à l'arrêt *Skidmore*, la Cour d'appel du Neuvième Circuit a appliqué ce que l'on appelle la règle du ratio inverse qui précise que lorsque la preuve que le défendeur a eu accès à l'œuvre du demandeur

57. *Skidmore*, 952 F.3d 1051.

58. *Id.*, à 1063.

59. *Id.*

est très forte, la barre permettant de démontrer la similarité entre les œuvres est proportionnellement plus basse.

Le Tribunal a indiqué que la jurisprudence est confuse sinon contradictoire en ce qui concerne la portée de la règle. En réalité, quatre autres circuits — les Deuxième, Cinquième, Septième et Onzième circuits — avaient déjà rejeté la règle du ratio inverse, faisant des neuvième et sixième circuits les deux seuls tribunaux à l'approuver<sup>60</sup>.

Face à ce paysage juridique, le tribunal a annulé le précédent existant qui avait adopté la règle du ratio inverse. Selon lui, la règle est une doctrine sans fondement créée par un juge dans le texte de la Loi sur le droit d'auteur. La Cour a consacré une grande partie de son analyse aux problèmes pratiques créés par la règle. D'abord, elle a observé que la règle peut conduire à des résultats « problématiques » lorsque « l'accès est très élevé et la similitude très faible ». Poussée à son extrême, la règle autoriserait la responsabilité lorsque le défendeur a eu accès à l'œuvre protégée même s'il n'y a aucune similitude entre le matériel protégé et le matériel prétendument contrefait.

Aussi, la Cour craignait que la règle ne puisse être appliquée de manière cohérente d'une affaire à l'autre. Le tribunal a cité ses propres antécédents, observant que les décisions antérieures n'avaient pas fourni de clarté concernant « le degré de similitude requis » lorsque la preuve de l'accès était fournie. Finalement, la Cour a exprimé son inquiétude quant au fait que le simple « accès » à du matériel protégé par le droit d'auteur signifiait peu dans « notre monde interconnecté numériquement ». La Cour a suggéré que, compte tenu du nombre important de services de diffusion en continu de musique et de vidéos, l'accès au contenu protégé par le droit d'auteur pourrait être « établi par une démonstration triviale que l'œuvre est disponible sur demande »<sup>61</sup>.

Malgré l'existence de « précédent supérieur », la Cour a conclu que « la constellation de problèmes et d'incohérences dans l'application de la règle du ratio inverse » l'obligeait à adopter cette position. Bien que le tribunal en banc ait soigneusement noté qu'il ne soutenait pas que l'accès à une œuvre protégée ne pouvait jamais servir de « preuve circonstancielle d'une copie réelle », il a souligné que l'accès « ne peut en aucun cas prouver une similitude substantielle ».

60. *Id.*, p. 1067.

61. *Id.*, p. 1068.

### Violation du droit d'auteur d'une œuvre publiée avant 1978

La deuxième question majeure dans *Skidmore* concernait la portée de la protection du droit d'auteur d'une œuvre musicale non publiée en vertu de la loi sur le droit d'auteur de 1909. En général, les dispositions de la loi de 1909 relatives aux transactions intervenues avant 1978 sont toujours en vigueur, à moins qu'elles ne soient expressément abrogées par la loi de 1976 sur le droit d'auteur. La loi sur le droit d'auteur de 1909 protégeait les compositions musicales non publiées déposées auprès du Copyright Office. La loi prévoit que « le droit d'auteur peut également être obtenu sur les œuvres dont les copies ne sont pas reproduites pour la vente, par le dépôt [...] d'un exemplaire complet d'une telle œuvre s'il s'agit d'une [...] composition musica »<sup>62</sup>. Michael Skidmore a poursuivi Led Zeppelin, alléguant que *Stairway to Heaven* viole le droit d'auteur de *Taurus*, une composition musicale *non publiée* écrite en 1967 par un guitariste du groupe Spirit.

Le tribunal a affirmé que les notes d'ouverture de *Stairway to Heaven* sont substantiellement similaires au passage de huit mesures qui commence la partition de musique déposée auprès du Copyright Office lorsque *Taurus* a été enregistré en 1967. Le tribunal de district a estimé qu'en vertu de la loi sur le droit d'auteur de 1909, la portée du droit d'auteur « était circonscrite par la composition musicale transcrite dans la copie de dépôt de *Taurus* » et donc que *seule* la copie de dépôt, et non un enregistrement sonore et autre embellissement, pouvait être utilisée pour prouver une similitude substantielle<sup>63</sup>. Le jury a conclu que les deux chansons n'étaient pas sensiblement similaires<sup>64</sup>. Skidmore a fait appel de la décision du tribunal de district en faisant valoir que la violation de son œuvre ne devrait pas être jugée exclusivement par la copie déposée auprès du bureau des droits d'auteur à des fins d'enregistrement.

Estimant que d'après la loi de 1909, la copie de dépôt définit la portée du droit d'auteur de *Taurus*, le Neuvième Circuit a affirmé que « pour les œuvres non publiées, l'auteur doit déposer une copie complète de son travail. Le but du dépôt est d'enregistrer le droit d'auteur revendiqué, d'en informer les tiers et d'éviter toute confusion quant à l'étendue du droit d'auteur »<sup>65</sup>. En résumé, le tribunal a rejeté l'argument de Skidmore « selon lequel le droit d'auteur s'étend au-delà

62. 17 USC § 11 (1909) (abrogé en 1976).

63. *Id.*, p. 1058.

64. *Id.*, p. 1060.

65. *Id.*, p. 1062.

de la partition ; autrement dit, la copie de dépôt est en quelque sorte de nature archivistique et constitue davantage un point de référence qu'un dépôt définitif. Cette approche ignore le texte de la loi et le but du dépôt »<sup>66</sup>.

### Conclusion

La décision *Skidmore* est remarquable, car elle reconnaît les effets de l'ère numérique sur une doctrine de propriété intellectuelle de longue date. La Cour a semblé mettre un accent particulier sur les problèmes pratiques que « notre monde interconnecté numériquement » a créés lors de l'évaluation de la violation du droit d'auteur.

L'impact le plus immédiat la décision *Skidmore* est que celle-ci réduit la division du Circuit au bien-fondé de la règle du ratio inverse, faisant du sixième circuit la seule juridiction où la règle reste une bonne loi. Cela est important parce que le Neuvième Circuit — qui comprend Hollywood — est un forum important pour les affaires de droit d'auteur et parce que Led Zeppelin peut signaler le problème à d'autres circuits qui n'ont pas encore été exposés à la règle du ratio inverse, et peut les inciter à la rejeter. Par ailleurs, la décision du tribunal confirme que les dispositions de la loi de 1909 définissent la nature d'une œuvre non publiée antérieure à 1978. En l'occurrence, la copie de dépôt définit la portée du droit d'auteur.

### III- *Castillo v. G & M Realty L.P.* : le doit moral des artistes visuels et le *street art*

#### VARA et le doit moral aux États-Unis

Contrairement à plusieurs autres pays, comme ceux de l'Union européenne et le Canada, les États-Unis ne garantissent pas la protection générale des droits moraux. Le *Visual Artists Rights Act* (VARA)<sup>67</sup>, ajouté à la loi américaine sur le droit d'auteur en 1990, est le seul exemple de loi sur le droit d'auteur reconnaissant spécifiquement un droit moral. Le droit à l'intégrité, l'un des deux droits moraux spécifiques accordés en vertu du VARA, permet à un artiste (1) d'empêcher toute distorsion, mutilation ou modification intentionnelle de son œuvre qui pourrait nuire à son honneur ou à sa réputation artistique et (2) d'empêcher la destruction d'œuvres de « stature

66. *Id.*

67. 17 USC § 106 (A).

reconnue »<sup>68</sup>. En revanche, le VARA accorde une protection limitée aux œuvres d'art visuel, telles que les peintures, les dessins, les gravures et les sculptures, mais exclut expressément les affiches, les cartes, les globes, les graphiques, les dessins techniques, les diagrammes, les modèles et les arts appliqués<sup>69</sup>.

Il existe des dispositions spéciales dans le VARA qui concernent les œuvres d'art visuel incorporées dans les bâtiments. En vertu de l'alinéa § 113 (d) du *Copyright Act*, le consentement de l'artiste est requis pour retirer une œuvre si celle-ci ne peut être retirée d'un bâtiment sans « destruction, déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre », à moins que l'artiste n'ait renoncé à ses droits statutaires<sup>70</sup>. Toutefois, si une œuvre peut être retirée d'un bâtiment sans causer de dommages, le propriétaire d'un bâtiment doit faire un « effort diligent et de bonne foi » pour aviser l'artiste du retrait prévu. Si l'artiste ne retire pas l'œuvre dans les 90 jours suivant la réception de l'avis, le propriétaire du bâtiment peut retirer l'œuvre et l'artiste ne pourra pas faire valoir une réclamation en vertu du VARA<sup>71</sup>. Dans *Castillo v. G & M Realty L.P.*<sup>72</sup>, les dispositions statutaires du VARA étaient impliquées dans une célèbre affaire concernant l'art peint sur les murs d'un immeuble.

### Les faits

À partir de 2002, le promoteur immobilier Gerald Wolkoff a permis à l'artiste de l'aérosol Jonathan Cohen de transformer son entrepôt de 18 500 mètres carrés en une résidence et un espace d'exposition pour artistes de graffiti. Depuis lors, Cohen a renommé le site « 5Pointz » et est devenu le conservateur d'un forum artistique où des artistes de graffiti du monde entier ont eu l'occasion de créer de l'art sur les murs à tour de rôle. Le site est devenu une « Mecque du graffiti » grâce aux efforts de Cohen et d'autres personnes, attirant des milliers d'artistes, de locaux et de touristes. En 2013, alors que Long Island City, dans le borough de Queens, devenait gentrifiée, Wolkoff a annoncé son intention de détruire le bâtiment pour ériger un immeuble de luxe sur le site. Ce projet a suscité les efforts des artistes pour préserver le site. Malgré cette intervention publique, Wolkoff a finalement démoli le bâtiment sans obtenir le consentement des artistes.

68. 17 USC § 106 (A) (1) (a).

69. 17 USC § 101 (œuvre d'art visuel).

70. 17 USC § 113 (d) (1) (B).

71. 17 USC § 113 (d) (2).

72. 950 F.3d 155 (2d Cir. 2020) (ci-après « Castillo »).



Par la suite, Maria Castillo et d'autres artistes ont déposé une plainte devant le tribunal de district, alléguant (1) la destruction intentionnelle d'œuvres d'art protégées en vertu du VARA, (2) l'infliction intentionnelle de détresse émotionnelle, (3) la conversion et (4) les dommages matériels. Le tribunal de district a estimé que les actions de Wolkoff constituaient un acte intentionnel de destruction d'une œuvre de stature reconnue et qu'elles imposaient des dommages-intérêts de 6,5 millions de dollars. Wolkoff a fait appel du jugement devant la Cour d'appel du Deuxième circuit.

### La décision

La Cour d'appel a confirmé que le *street art* est protégé par la loi sur le droit d'auteur. La principale question dans cette affaire était de savoir si les œuvres de *street art* étaient des œuvres de « stature reconnue »<sup>73</sup>. Le Deuxième Circuit a indiqué que *street art* avait droit à la protection du droit d'auteur, ajoutant : « Ces dernières années, le *street art*, dont une grande partie est “temporaire”, est devenue une catégorie majeure de l'art contemporain et dans certains quartiers, il est devenu du grand art »<sup>74</sup>. D'après le tribunal, la vision du *street art* comme art légitime a été certifiée par les critiques d'art et confirmée par des expositions dans de prestigieux musées d'art. En outre, l'explosion des médias sociaux a transformé « l'art de l'aérosol », considéré pendant longtemps comme une nuisance urbaine, en atout promotionnel. De nombreux commerçants ont même commandé des travaux sur leurs façades précisément pour cette raison.

Le tribunal a conclu que, malgré l'impermanence de ces œuvres, les artistes ont le droit d'empêcher toute déformation ou mutilation de leurs œuvres artistiques. Il a confirmé l'attribution de 6,75 millions de dollars en dommages-intérêts prévus par la loi. Bien que le Second Circuit n'ait pas abordé le *street art* non invité, il a cité Banksy comme un exemple de l'essor du *street art*, ouvrant la porte aux revendications de vandales dont l'art atteint une « stature reconnue »<sup>75</sup>.

### Conclusion

Le défendeur dans l'affaire *Castillo* aurait pu économiser des millions de dollars en dommages-intérêts, ainsi que des frais de litige, s'il avait informé les artistes du retrait prévu des œuvres d'art et

73. 17 USC § 106 (A) (1) (a).

74. *Id.*, p. 167-68.

75. *Castillo*, préc., note 74, p. 167-168..

leur avait donné 90 jours pour retirer les œuvres. En accordant un maximum de dommages-intérêts légaux aux plaignants, le juge du tribunal de district a qualifié la destruction du site « d'acte de pure vengeance contre le courage des plaignants et leurs efforts pour tenter d'empêcher la destruction de leur art ». Le juge a ajouté que le propriétaire a été singulièrement impénitent<sup>76</sup>. En outre, Wolkoff a eu de multiples occasions d'admettre que le blanchiment du bâtiment était une erreur et d'exprimer des remords, ou de suggérer qu'il ferait les choses différemment s'il avait une autre chance. Il les a toutes ignorées.

Ou bien, le propriétaire de 5Pointz aurait pu obtenir une dérogation du VARA de chacun des artistes en vertu de l'article 113 (d) comme condition de la conservation de leur peinture sur les murs de l'entrepôt. La renonciation au VARA exige un document écrit et signé par le propriétaire du bâtiment et par l'artiste de l'œuvre, qui précise que « l'enlèvement de l'œuvre peut la soumettre à la destruction, à la déformation, à la mutilation ou à toute autre modification. »

---

76. *Id.*, p. 172.