

**COPYRIGHT, FREEDOM  
OF EXPRESSION AND FREE  
ACCESS TO INFORMATION  
(COMPARATIVE STUDY  
OF AMERICAN AND  
EUROPEAN LAW)**

**André LUCAS\***  
**Jane C. GINSBURG\*\***

The question of limitations/exceptions has always been and continues to be a key issue in copyright law, as shown by the intensity of the legislative, judicial and doctrinal debates conducted in this minefield. It is well known that the approach is not the same in the United States and the European Union. Fruitful in itself, a comparative law review is all the more compelling today as developments are being seen on both sides of the Atlantic that could change the picture. In the first place, the system has been put to the test by the emergence of fundamental rights on the European stage, and especially freedom of expression which is increasingly brandished against the exclusive right. Due to its flexibility, the U.S. doctrine of fair use did not wait to incorporate this dimension, in particular through the more lenient treatment of so-called “transformative” works, although some recent decisions have shown that this incorporation raises a number of questions. The issue is more recent in the European Union and the challenge more daunting in view of the fact that limitations and exceptions are set out in an exhaustive

**DERECHO DE AUTOR,  
LIBERTAD DE EXPRESIÓN  
Y LIBRE ACCESO A LA  
INFORMACIÓN  
(ESTUDIO COMPARADO DE  
DERECHO AMERICANO Y  
EUROPEO)**

**André LUCAS\***  
**Jane C. GINSBURG\*\***

*La cuestión de las limitaciones-excepciones ha sido siempre y sigue siendo una cuestión clave del derecho de autor, como lo muestra la intensidad de los debates legislativos, judiciales y doctrinales desarrollados en este terreno sembrado de minas. Es sabido que el enfoque no es el mismo en Estados Unidos y en la Unión Europea. Fecundo en sí mismo, un estudio de derecho comparado se impone hoy tanto más cuanto que se perfilan, en ambos lados del Atlántico, evoluciones que podrían cambiar los datos del problema. Se trata primero de la irrupción en la escena europea de los derechos fundamentales que pone a prueba el sistema, y sobre todo de la libertad de expresión, esgrimida con cada vez mayor frecuencia contra el derecho exclusivo. El fair use americano, gracias a su flexibilidad, no ha esperado para integrar esta dimensión, en particular mediante la suerte más clemente reservada a las obras denominadas “transformativas”, pero decisiones recientes han mostrado que esta integración planteaba cierto número de*

**DROIT D'AUTEUR, LIBERTÉ D'EXPRESSION  
ET LIBRE ACCÈS À L'INFORMATION  
(ÉTUDE COMPARÉE DE DROIT AMÉRICAIN ET EUROPÉEN)**

**André LUCAS\***  
**Jane C. GINSBURG\*\***

La question des limitations-exceptions a toujours été et reste une question-clé du droit d'auteur, comme le montre l'intensité des débats législatifs, judiciaires et doctrinaux menés sur ce terrain miné. On sait que l'approche n'est pas la même aux États-Unis et dans l'Union européenne. Féconde en elle-même, l'approche de droit comparé s'impose d'autant plus aujourd'hui que se dessinent, des deux côtés de l'Atlantique, des évolutions qui pourraient changer la donne. C'est d'abord l'irruption sur la scène européenne des droits fondamentaux qui met à l'épreuve le système, et surtout de la liberté d'expression, de plus en plus souvent brandie à l'encontre du droit exclusif. Le *fair use* américain, grâce à sa souplesse, n'a pas attendu pour intégrer cette dimension, en particulier à travers le sort plus clément réservé aux œuvres dites "transformatives", mais des décisions récentes ont montré que cette intégration soulevait un certain nombre d'interrogations. La problématique est plus récente dans

list subject to strict interpretation. However a trend is emerging in favour of an external limit drawn from article 10 of the European Convention on Human Rights, implying the application of a “proportionality test”, which could lead to a sort of European fair use.

Another debate is also raging, fired this time by the technological development that enables the informational content of works to be accessed without using their copyrightable expressive elements. We are referring in particular here to the techniques of text and data mining. As such use involves acts which, on the face of it, come within the scope of the exclusive right, the only option open to the proponents of “free access to information” is to propose paralyzing the right. In U.S. law, this implies an extension of fair use by substituting a transformative purpose for the condition of a transformative second work. In European Union law, the path of a specific exception has to be taken, but its contours are obviously open to discussion.

To take stock of the issues, it seems appropriate to begin with a reminder of the principles and methods applicable in the United States and Europe (I). It will then be possible to focus attention on freedom of expression (II) and “free access to information” (III).

*cuestiones. La problemática es más reciente en la Unión Europea y el desafío más difícil de afrontar teniendo en cuenta que las limitaciones-excepciones están enunciadas en una lista limitativa sometida a una interpretación estricta. Pero emerge una tendencia favorable a una limitación externa sacada del artículo 10 del Convenio europeo de derechos humanos que implica la aplicación de un “test de proporcionalidad”, y que podría llevar a una especie de fair use europeo.*

*Hay otro debate apasionado, surgido, por su lado, de la evolución técnica que permite acceder al contenido informativo de las obras sin coger sus elementos expresivos que dan pie al derecho de autor. Se piensa aquí esencialmente en las técnicas de exploración de datos (text mining y data mining). Como esas utilizaciones se concretizan por actos que entran, a primera vista, en el perímetro del derecho exclusivo, los partidarios del “libre acceso a la información” no tienen otro recurso que proponer paralizar ese derecho. Eso pasa, en derecho americano, por una ampliación del fair use que sustituye la condición de una obra segunda transformativa por la de una finalidad transformativa. En el derecho de la Unión Europea, hay que adoptar la vía de una excepción específica, cuyo contorno se presta, evidentemente, a discusión.*

*Para medir bien lo que está en juego, parece conveniente recordar primero los principios y los métodos aplicables en Estados Unidos y en Europa (I). Después, será posible focalizar la atención sobre la libertad de expresión (II) y sobre el “libre acceso a la información” (III).*

l'Union européenne et le défi plus difficile à relever compte tenu du fait que les limitations-exceptions sont énoncées dans une liste limitative et sujette à interprétation stricte. Mais une tendance se fait jour en faveur d'une limite externe tirée de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme impliquant la mise en œuvre d'un "test de proportionnalité", lequel pourrait aboutir à une sorte de *fair use* européen.

Un autre débat fait rage, né, celui-là, de l'évolution technique qui permet d'accéder au contenu informationnel des œuvres sans reprendre leurs éléments expressifs donnant prise au droit d'auteur. On pense ici essentiellement aux techniques d'exploration des données (*text mining* et *data mining*). Comme ces utilisations se concrétisent par des actes entrant, à première vue, dans le périmètre du droit exclusif, les partisans du "libre accès à l'information" n'ont d'autre ressource que de proposer de paralyser celui-ci. Cela passe, en droit américain, par un élargissement du *fair use* substituant à la condition d'une œuvre seconde transformative celle d'une finalité transformative. Dans le droit de l'Union européenne, il faut emprunter la voie d'une exception spécifique, mais les contours de celle-ci prêtent, bien sûr, à discussion.

Pour prendre la mesure des enjeux, il apparaît judicieux de rappeler d'abord les principes et méthodes applicables aux États-Unis et en Europe (I). Ensuite, il sera possible de focaliser l'attention sur la liberté d'expression (II) et sur le "libre accès à l'information" (III).

**I – PRINCIPLES AND METHODS****I – PRINCIPIOS Y MÉTODOS****A – U.S. Law**

The technique employed for the application of exceptions to exclusive rights when extracts taken from a first work are used in a second work, or even when a pre-existing work is used in its entirety for “informational” purposes, proves to be rather different in U.S. copyright law by comparison with the laws of the European Union Member States, including the common law ones. Section 107 of the U.S. Copyright Act of 1976 codifies the “fair use” doctrine developed by the American courts from the middle of the 19<sup>th</sup> century.<sup>1</sup> It is the most general exception in U.S. copyright law. If applicable, this exception makes the use “non-infringing” and thus does not give rise to any payment. The provision of § 107 contains a preamble which refers to several kinds of use, notably for criticism, comment, news reporting and teaching, but these examples do not form a closed list of permitted uses. In fact, the preamble gives a general idea of the scope of the exception (in particular, most of the examples concern the inclusion of the copied material in a new work made by the person who carried out the partial copying from an earlier work), but the fact that a use is not mentioned does not prevent it from being covered by fair use, just as its inclusion in the list does not in itself lead to the conclusion that it will be considered non-infringing. On the contrary, the law sets out four factors “to be considered” by the courts:

**A – Derecho americano**

*La técnica de la aplicación de las excepciones a los derechos exclusivos cuando se trata de partes de una obra primera que se toman en una obra segunda, hasta la reproducción de la totalidad de una obra preexistente con un objetivo de “información”, resulta bastante diferente en copyright americano, con respecto a las leyes de los países miembros de la Unión Europea, incluidos los de common law. El artículo 107 de la ley americana de 1976 codifica el análisis del “fair use” desarrollado por los jueces americanos desde mediados del siglo XIX<sup>1</sup>. Se trata de la excepción más general en derecho de autor americano. Esa excepción, si es aplicable, hace que la utilización sea “no fraudulenta” y no dé lugar por lo tanto a remuneración alguna. Esta disposición contiene un preámbulo que evoca varias clases de utilizaciones, en particular con fines de crítica, de comentario, de reportaje y de enseñanza, pero esos ejemplos no constituyen una lista cerrada de utilizaciones autorizadas. De hecho, el preámbulo da una idea general del alcance de la excepción (en particular, la mayoría de los ejemplos conciernen la integración de los elementos copiados en una nueva obra propia del que ha efectuado la copia parcial de una obra anterior), pero el hecho de que una utilización no esté citada no le impide estar cubierta por el fair use, al igual que su presencia en la lista no lleva por sí sola a la conclusión de que será considerada como no fraudulenta. Al*

## **I – PRINCIPES ET MÉTHODES**

### **A – Droit américain**

La technique de l'application des exceptions aux droits exclusifs lorsqu'il s'agit des extraits d'une œuvre première repris par une œuvre seconde, voire de la reproduction de l'intégralité d'une œuvre préexistante dans un but "d'information", s'avère assez différente en *copyright* américain, par rapport aux lois des pays membres de l'Union européenne, y compris ceux de *common law*. L'article 107 de la loi américaine de 1976 codifie l'analyse de "*fair use*" développée par des juges américains depuis le milieu du dix-neuvième siècle.<sup>1</sup> Il s'agit de l'exception la plus générale en droit d'auteur américain. Exception qui, si elle est applicable, rend l'utilisation "non contrefaisante" et donc ne donne lieu à aucune rémunération. Cette disposition contient un préambule qui évoque plusieurs sortes d'utilisations, notamment en vue de la critique, du commentaire, du reportage, et de l'enseignement, mais ces exemples ne constituent pas une liste close d'utilisations autorisées. En fait, le préambule donne une idée générale de la portée de l'exception (notamment, la plupart des exemples concernent l'intégration des éléments copiés dans une nouvelle œuvre propre à celui qui a effectué la copie partielle d'une œuvre antérieure), mais le fait que l'utilisation ne soit pas visée ne l'empêche pas d'être couverte par le *fair use*, tout comme son existence sur la liste ne conduit pas en soi à la conclusion qu'elle sera

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.<sup>2</sup>

These broad, supple, indeed manipulable criteria afford considerable flexibility in the assessment of fair use. This flexibility has enabled the exception to adapt to new means of expression and communication of works, but gives it at times an unpredictable character. Initially, in 1976, the fair use exception applied primarily to the partial reproduction of material from a first work that the second author reworked into his or her own work (so-called “productive use”) without harming the current or future exploitation of the first work. However, as early as in 1984, the U.S. Supreme Court in *Sony v. Universal Studios*<sup>3</sup> (known as the “Betamax” case) held, in the absence of a statutory exception for private copying, that the making by a consumer of a copy of a full television program broadcast free of charge on the public airwaves for time-shifting purposes was not of a commercial nature and did not harm the televised work’s market and was thus fair use. Therefore, the Court disregarded the non-

*contrario, la ley enumera cuatro criterios que el juez “deberá” tener en cuenta:*

*(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;*

*(2) the nature of the copyrighted work;*

*(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and*

*(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.<sup>2</sup>*

*Estos criterios, amplios y flexibles, y hasta manipulables, dan un gran margen para la apreciación del fair use, lo cual, por un lado, ha permitido a la excepción adaptarse a nuevos medios de expresión y de comunicación de las obras, pero, por el otro, le da un carácter a veces imprevisible. Inicialmente, en 1976, la excepción de fair use se aplicaba esencialmente a los casos en que se toma parcialmente una obra primera que el segundo autor trabajaba en una obra propia (las denominadas “utilizaciones productivas”), sin perjudicar la explotación actual o futura de la obra primera. Por el contrario, ya en 1984, el Tribunal Supremo, en *Sony v. Universal Studios*<sup>3</sup> (pleito “Betamax”), a falta de una excepción legal para la copia privada, juzgó que la copia íntegra de un programa televisado en las redes hertzianas gratuitas realizada por un consumidor para verla en diferido no tenía carácter comercial, no causaba*

considérée comme non contrefaisante. Au contraire, la loi énumère quatre critères que le juge “devra” prendre en compte :

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.<sup>2</sup>

Ces critères, larges et flexibles, voire manipulables, donnent une grande souplesse à l'appréciation du *fair use*, ce qui, d'une part, a permis à l'exception de s'adapter à de nouveaux moyens d'expression et de communication d'œuvres, mais, d'autre part lui donne un caractère parfois imprévisible. Au départ, en 1976, l'exception de *fair use* s'appliquait essentiellement aux reprises partielles d'une œuvre première que l'auteur second retravaillait dans une œuvre propre (des soi-disant “utilisations productrices”), sans nuire à l'exploitation actuelle ou future de l'œuvre première. En revanche, déjà en 1984, la Cour suprême, dans *Sony v. Universal Studios*<sup>3</sup> (l'affaire “*Betamax*”), en l'absence d'une exception légale pour la copie privée, a jugé que la copie intégrale d'un programme télévisé sur des réseaux hertziens gratuits faite par un consommateur pour un visionnement en différé n'avait pas de caractère commercial, ne portait



productive character of the use and stressed instead the purported non-commercial context of the use. The Supreme Court thus opened the way for an extension beyond productive uses to technological ones and, as we shall see in recent case law, the lower courts seem increasingly to be taking this path.

The Supreme Court's subsequent case law has evolved, reducing the weight that it had placed on the commercial nature of the use (deemed to be almost decisive in *Sony*) and on its impact on the market, and instead stressing the "transformative" character of the use. In the 1994 decision in *Campbell v. Acuff-Rose*<sup>4</sup> concerning a music parody released on commercial records, the Court provided a gloss to the first criterion by extending the benefit of the exception to a use that "adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message". It is worth citing more fully the reasoning of the Court favouring expressive use because in later decisions from the lower courts we shall see a shift towards a much broader concept of the "transformative" character of the use, namely a shift from a "transformative *work*" to a "transformative *purpose*" which, in the latter case, does not imply the creation of a new work. But, initially, the "transformation" as expounded by the Supreme Court resulted from uses that produced new works:

*perjuicio al mercado de la obra televisada, y era por tanto un fair use. El Tribunal hizo pues abstracción del carácter no productivo de la utilización, subrayando por el contrario el marco supuestamente no comercial de la utilización. Más allá de las utilidades no productivas, el Tribunal abrió pues la puerta a utilidades tecnológicas, vía que los jueces del fondo parecen tomar cada vez con mayor frecuencia, como veremos, en la jurisprudencia reciente.*

*La jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo evolucionó, reduciendo el peso que este había atribuido al carácter comercial de la utilización (que Sony había juzgado casi determinante) y de su impacto en el mercado, y subrayando el carácter "transformativo" de la utilización. En Campbell v. Acuff-Rose<sup>4</sup>, sentencia dictada en 1994, se trataba de una parodia musical grabada en discos vendidos en el comercio, el Tribunal aportó una glosa al primer criterio, haciendo beneficiar de la excepción las utilidades que "añaden algo nuevo, tienen un objetivo ulterior o un carácter diferente, y modifican la obra primera con una nueva expresión, un nuevo significado, o un nuevo mensaje" ("adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message"). Conviene citar con mayor amplitud el razonamiento del Tribunal, que privilegia las utilidades expresivas, ya que veremos en la jurisprudencia posterior de los jueces del fondo, un desplazamiento de una "obra transformativa" hacia una "finalidad transformativa", sin que esta última implique la creación de una obra nueva. Al principio, sin embargo, tal como la elaboró el Tribunal Supremo, la*

pas atteinte au marché de l'œuvre télévisée, et donc était un *fair use*. La Cour donc a fait abstraction du caractère non producteur de l'utilisation, soulignant en revanche le cadre prétendument non commercial de l'utilisation. Au-delà des utilisations productrices, la Cour a donc ouvert la voie à des utilisations technologiques, voie que les juges du fond semblent de plus en plus emprunter, comme nous le verrons, dans la jurisprudence récente.

La jurisprudence ultérieure de la Cour suprême a évolué, réduisant le poids que celle-ci avait mis sur le caractère commercial de l'utilisation (que *Sony* avait jugé presque déterminant) et de son impact sur le marché, et soulignant le caractère "transformatif" de l'utilisation. Dans *Campbell v. Acuff-Rose*,<sup>4</sup> décision rendue en 1994, s'agissant d'une parodie musicale enregistrée sur des disques vendus dans le commerce, la Cour a apporté une glose au premier critère, faisant bénéficier de l'exception des utilisations qui "ajoutent quelque chose de nouveau, ayant un but ultérieur ou un caractère différent, modifiant la première œuvre avec une nouvelle expression, une nouvelle signification, ou un nouveau message" ("adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message"). Il convient de citer plus amplement le raisonnement de la Cour, qui privilégie les utilisations expressives, car nous verrons dans la jurisprudence ultérieure des juges du fond, un glissement vers une notion beaucoup plus large du caractère "transformatif" de l'utilisation, à savoir, un glissement d'une "œuvre transformative" vers une "finalité transformative", cette dernière

*“transformación” correspondía a una utilización creativa de obras:*

Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine’s guarantee of breathing space within the confines of copyright, and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use.<sup>5</sup>

*Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine’s guarantee of breathing space within the confines of copyright, and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use.<sup>5</sup>*

According to the Court’s reasoning, the greater the extent of the transformation, the smaller the significance of the commercial character of the use. The more transformative the use is, the less it will compete with the current or future exploitation of the work (at least, that is what the judges assume). In *Campbell v. Acuff-Rose*, the new work was a parody and the Court stressed that authors should not be able to control the market for works that criticized theirs.<sup>6</sup> In other situations, however, there could be a blurring of the boundaries between a “transformative work” enjoying the fair use exception and a “derivative work” falling within the scope of the author’s exclusive rights<sup>7</sup> because the Copyright Act defines a derivative work as including “any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted”.<sup>8</sup> Moreover, a judge of the Court of Appeals for the Seventh Circuit expressed reservations about the term “transformative use” not only because it

*Según el razonamiento del Tribunal, la importancia del carácter comercial de la utilización disminuye en función de la amplitud de la transformación efectuada. Cuanto más transformativa sea la utilización, menos hará la competencia a la explotación actual o futura de la obra (eso es, en todo caso, lo que suponen los jueces). En el pleito *Campbell v. Acuff-Rose*, se trataba de una parodia, y el Tribunal subrayaba que el autor no debería poder controlar el mercado para las obras que critican su propia obra<sup>6</sup>. Pero en otras hipótesis, podría haber una confusión entre “obra transformativa” que beneficia de la excepción de fair use, y “obra derivada”, que entra en el campo de los derechos exclusivos del autor<sup>7</sup>, ya que la ley define ésta incluyendo “any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted”<sup>8</sup>. Por otro lado, un juez del 7º Circuito ha formulado reservas sobre la terminología*

n'impliquant pas la création d'œuvre nouvelle. Au début, cependant, telle qu'élaborée par la Cour suprême, la "transformation" relevait d'une utilisation créatrice d'œuvres :

Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine's guarantee of breathing space within the confines of copyright, and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use.<sup>5</sup>

Selon le raisonnement de la Cour, l'importance du caractère commercial de l'utilisation diminue en fonction de l'ampleur de la transformation effectuée. Plus l'utilisation est transformative, moins elle sera en concurrence avec l'exploitation actuelle ou future de l'œuvre (c'est, en tout cas, ce que supposent les juges). Dans l'affaire *Campbell v. Acuff-Rose*, il s'agissait d'une parodie, et la Cour soulignait que l'auteur ne devait pas pouvoir contrôler le marché pour les œuvres qui critiquent la sienne.<sup>6</sup> Mais dans d'autres hypothèses il pourrait y avoir une confusion entre "œuvre transformative" bénéficiant de l'exception de *fair use*, et "œuvre dérivée" qui entre dans le champ des droits exclusifs de l'auteur,<sup>7</sup> car la loi définit celle-ci comme comprenant "any other form in which a work may be recast, *transformed*, or adapted".<sup>8</sup> D'ailleurs, un juge de

is not based on any provision of the law but also and above all because it may lead to confusion with the exclusive right in derivative works:

We're skeptical of [the] approach [that emphasizes transformative use], because asking exclusively whether something is "transformative" not only replaces the list in § 107 but also could override 17 U.S.C. § 106(2), which protects derivative works. To say that a new use transforms the work is precisely to say that it is derivative and thus, one might suppose, protected under § 106(2). [Judges] do not explain how every "transformative use" can be "fair use" without extinguishing the author's rights under § 106(2).<sup>9</sup>

Therefore, a borderline must exist between a transformative use justifying an exception to copyright and a use giving rise to a work that transforms the copied work in breach of the exclusive right of adaptation. The dividing line would be drawn on the basis of the markets for the work: an unauthorized sequel to a book encroaches on the market for adaptations;<sup>10</sup> a parody does not compete with any market afforded to authors because copyright will not enable authors to control criticism of their works. Of course, between these two extremes, the courts often have difficulty in deciding when the use should be placed within the markets controlled by the author and when it should be considered outside the author's control. Where it is a question of a market that the author has not yet exploited, perhaps because the defendant's use has created a new market, the author will claim

"transformative use", *por un lado porque no se basa en ningún texto, y sobre todo porque hace correr un riesgo de confusión con el derecho exclusivo sobre las obras derivadas:*

*We're skeptical of [the] approach [that emphasizes transformative use], because asking exclusively whether something is "transformative" not only replaces the list in § 107 but also could override 17 U.S.C. § 106(2), which protects derivative works. To say that a new use transforms the work is precisely to say that it is derivative and thus, one might suppose, protected under § 106(2). [Judges] do not explain how every "transformative use" can be "fair use" without extinguishing the author's rights under § 106(2).<sup>9</sup>*

*Debe pues existir una frontera entre una utilización transformativa que justifique una excepción al derecho de autor y una utilización que dé lugar a una obra que transforma la obra copiada ignorando el derecho exclusivo de adaptación. La línea de separación se dibujaría según los mercados para la obra: una continuación no autorizada de un libro desborda sobre el mercado de las adaptaciones<sup>10</sup>; una parodia no hace la competencia en ningún mercado reconocido a los autores ya que el derecho de autor no permite a un autor reglamentar las críticas de su obra. Claro está que, entre estos dos polos, los jueces tienen frecuentemente dificultades para decidir cuándo hay que clasificar la utilización dentro de los mercados que son de competencia del autor, y cuándo debe considerarse que la utilización queda fuera de su control.*

la Cour d'appel du 7<sup>e</sup> Circuit a émis des réserves sur la terminologie "*transformative use*" d'une part parce qu'elle ne repose sur aucun texte, et surtout parce qu'elle risque d'entraîner une confusion avec le droit exclusif sur les œuvres dérivées :

We're skeptical of [the] approach [that emphasizes transformative use], because asking exclusively whether something is "transformative" not only replaces the list in § 107 but also could override 17 U.S.C. § 106 (2), which protects derivative works. To say that a new use transforms the work is precisely to say that it is derivative and thus, one might suppose, protected under § 106 (2). [Judges] do not explain how every "transformative use" can be "fair use" without extinguishing the author's rights under § 106 (2).<sup>9</sup>

Une frontière doit donc exister entre une utilisation transformative justifiant une exception au droit d'auteur et une utilisation donnant lieu à une œuvre qui transforme l'œuvre copiée en méconnaissant le droit exclusif d'adaptation. La ligne de partage se dessinerait selon les marchés pour l'œuvre : une suite non autorisée d'un livre empiète sur le marché des adaptations<sup>10</sup>; une parodie ne concurrence aucun marché reconnu aux auteurs car le droit d'auteur ne permettra pas à un auteur de régler les critiques de son œuvre. Bien sûr, entre ces deux pôles, les juges ont souvent du mal à décider quand il faut ranger l'utilisation du côté des marchés du ressort de l'auteur, et quand l'utilisation doit être considérée en dehors de son contrôle. D'une part lorsqu'il s'agit

that it is a potential market that the author could license. The defendant will retort that this is circular reasoning given that all uses could be licensed and that, on the contrary, the real question is whether the purported market has in fact little chance of actually existing (thereby precluding interference) or whether the market is one that authors *should* not control, for example because exercising their monopoly would restrict freedom of expression or impede technological progress.

But if the inquiry into the work's markets (the fourth factor in the analysis of fair use) has an influence on the characterization of the use as "transformative" (the first factor), the result is to conflate the analysis of the factors listed in the law. There is a tendency for the courts to conclude that if the use is "transformative", it follows that it does not harm the work's market. Of the four factors provided for in the law, it would seem that the first one risks swallowing up the others, thus leaving us with a single factor. Our review of recent case law will enable us to analyze to what extent the fair use exception has become detached from the text of the law and been converted into an exercise of judicial guesswork.

## **B – European Union Law**

The legal position is quite different in the European Union where the exclusive right emerges less battered from its

*Por un lado cuando se trata de un mercado que el autor no ha explotado todavía, quizás porque la utilización del demandado ha creado un nuevo mercado, el autor dirá que se trata de un mercado potencial para el que podría conceder licencias. El demandado replicará que tal razonamiento es perfectamente circular, ya que toda explotación podría ser objeto de una licencia, y que por el contrario se trata de saber si el supuesto mercado tiene de hecho pocas probabilidades de existir en realidad (lo cual excluye el desbordamiento), o bien si el mercado es un mercado que el autor no debería controlar, por ejemplo porque el ejercicio de su monopolio limitaría la libertad de expresión o pondría trabas al progreso tecnológico.*

*Pero si la interrogación sobre los mercados de la obra (cuarto criterio del análisis de fair use) tiene una influencia en la calificación de la utilización como "transformativa" (tercer criterio), se acaba borrando el análisis de los factores enumerados en la ley. Los jueces tienen tendencia a concluir que si la utilización es "transformativa" se deduce que no perjudica al mercado de la obra. De los cuatro factores previstos por la ley, parecería que el primero acaba absorbiendo a los demás, dejándonos con un solo factor. Nuestro examen de la jurisprudencia reciente nos permitirá analizar en qué medida la excepción de fair use se ha separado del texto de la ley para convertirse en un ejercicio de "olfato" judicial.*

## **B – Derecho de la Unión Europea**

*Los datos jurídicos son muy diferentes en la Unión Europea, donde el derecho exclusivo sale menos*

d'un marché que l'auteur n'a pas encore exploité, peut-être parce que l'utilisation du défendeur a créé un nouveau marché, l'auteur dira qu'il s'agit d'un marché potentiel pour lequel il pourrait concéder des licences. Le défendeur répliquera qu'un tel raisonnement est parfaitement circulaire, car toute exploitation pourrait faire l'objet d'une licence, et qu'au contraire il s'agit de savoir si le prétendu marché en fait n'a que peu de chances d'exister en réalité (ce qui exclut l'empiètement), ou bien si le marché est un marché que l'auteur ne *devrait* pas contrôler, par exemple parce que l'exercice de son monopole limiterait la liberté d'expression ou entraverait le progrès de la technologie.

Mais si l'interrogation sur les marchés de l'œuvre (4<sup>e</sup> critère de l'analyse de *fair use*) a une influence sur la qualification de l'utilisation comme étant "transformative" (1<sup>er</sup> critère), on finit par gommer l'analyse des facteurs énumérés dans la loi. Les juges ont tendance à conclure que si l'utilisation est "transformative" il s'ensuit qu'elle ne nuit pas au marché de l'œuvre. Des quatre facteurs prévus par la loi, il semblerait que le premier finit par avaler les autres, nous laissant avec un seul facteur. Notre examen de la jurisprudence récente nous permettra d'analyser dans quel mesure l'exception de *fair use* s'est détachée du texte de la loi pour se convertir en un exercice du "pif" judiciaire.

## **B – Droit de l'Union européenne**

La donne juridique est bien différente dans l'Union européenne, où le droit exclusif sort moins malmené de sa confrontation avec les intérêts



confrontation with the interests of creators of derivative works and with the interests of users generally. The analysis of copyright as a property right, supported by article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 18 December 2000, precludes the possibility of subjecting its enforcement to the copyright owner's ability to prove actual harm, as has been proposed in the United States.<sup>11</sup> That is also the reason why it is necessary to reject any *a contrario* interpretation of the "three-step test" in article 9(2) of the Berne Convention, which has become an international standard and is incorporated in article 5(5) of the 2001 Information Society Directive. The test merely says on what conditions an exception **may** be allowed. It does not say that it **must** be allowed if those conditions are met.<sup>12</sup> If there was any doubt in this regard, it was dispelled by the Court of Justice in connection with article 5(5) of the Directive.<sup>13</sup>

The property characterization also justifies the synthetic approach to the economic rights (thus favourable to authors) adopted by the Information Society Directive, as well as the existence of moral rights which, in some EU countries like France, reflect the existence of a close link between authors and their works. Above all, it explains why the crucial question of exceptions is addressed from an angle that clearly reflects another hierarchy of interests than the one prevailing on the other side of the Atlantic. Apart from the fact that some exceptions are subject to payment of "fair compensation",<sup>14</sup> two differences stand out. The first is that while U.S. law adopts, in a way, a "principle" of fair use,<sup>15</sup> European law has chosen the course of a

*zarandeado de su confrontación con los intereses de los creadores de obras derivadas y, más generalmente, con los de los usuarios. El análisis del derecho de autor en términos de derecho de propiedad, confortado por el artículo 17.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea del 18 de diciembre de 2000, excluye que su aplicación efectiva esté subordinada a la prueba por el titular de los derechos de un perjuicio, idea que se esgrime en Estados Unidos<sup>11</sup>. Por esta misma razón debe rechazarse toda interpretación a contrario del "triple test" previsto por el artículo 9.2 del Convenio de Berna, que se ha convertido en estándar internacional y está integrado en el artículo 5.5 de la directiva de 2001 sobre la sociedad de la información. El test dice solamente en qué condiciones una excepción **puede** ser tolerada. No dice que **deba** serlo si esas condiciones se verifican<sup>12</sup>. Si hubiera el mínimo equívoco sobre este punto, ha sido eliminado por el Tribunal de Justicia a propósito del artículo 5.5 de la directiva<sup>13</sup>.*

*La calificación de propiedad justifica también el enfoque sintético (por tanto favorable a los autores) de los derechos patrimoniales adoptado por la citada directiva, así como la existencia de un derecho moral que, en determinados países de la Unión, como Francia, traduce la existencia de un estrecho vínculo entre el autor y su obra. Y sobre todo, explica que la cuestión crucial de las excepciones se trate desde un punto de vista que traduce claramente otra jerarquía de intereses que la que prevalece al otro lado del Atlántico. Fuera del hecho de que algunas excepciones deban dar lugar al pago de una "compensación equitativa"<sup>14</sup>, saltan a la vista dos diferencias. La primera es que, cuando*

des créateurs d'œuvres dérivées et, plus généralement, avec ceux des utilisateurs. L'analyse du droit d'auteur en termes de droit de propriété, confortée par l'article 17.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000, exclut que sa mise en œuvre effective soit subordonnée à la preuve par le titulaire des droits de la réalité d'un préjudice, comme l'idée en est agitée aux États-Unis<sup>11</sup>. C'est également pour cette raison que doit être récusée toute interprétation *a contrario* du "triple test" prévu par l'article 9.2 de la Convention de Berne, devenu un standard international et intégré dans l'article 5.5 de la directive de 2001 sur la société de l'information. Le test dit seulement à quelles conditions une exception **peut** être tolérée. Il ne dit pas qu'elle **doit** l'être si ces conditions sont remplies<sup>12</sup>. S'il y avait eu la moindre équivoque sur ce point, elle a été levée par la Cour de justice à propos de l'article 5.5 de la directive<sup>13</sup>.

La qualification de propriété justifie aussi l'approche synthétique (donc favorable aux auteurs) des droits patrimoniaux retenue par la directive précitée, ainsi que l'existence d'un droit moral qui, dans certains pays de l'Union, comme en France, traduit l'existence d'un lien étroit entre l'auteur et son œuvre. Et surtout, elle explique que la question cruciale des exceptions soit traitée sous un angle qui traduit clairement une autre hiérarchie des intérêts que celle qui prévaut outre-Atlantique. En dehors du fait que certaines exceptions doivent donner lieu au paiement d'une "compensation équitable"<sup>14</sup>, deux différences sautent aux yeux. La première est que, là où le droit américain retient, en quelque

closed list of exceptions, which prevents Member States from creating others. The second is that these exceptions must be interpreted strictly. This rule is self-evident if the term “exception” is taken literally, in view of the legal maxim *exceptio est strictissimae interpretationis*, which has always been the case in France.<sup>16</sup> But the rule also applies if the term “limitations” is preferred, as is the case in Germany<sup>17</sup> and Sweden.<sup>18</sup> It is of note in this respect that, in order to take account of the different legal traditions, article 5 of the Directive does not choose between the terms, hence its title “Exceptions and limitations”. A counter-example is given by the Netherlands where the Supreme Court accepted the possibility of reasoning by analogy.<sup>19</sup> However, the solution is no longer acceptable because the principle of strict interpretation has been clearly articulated by the Court of Justice on several occasions.<sup>20</sup>

There is nothing to suggest that the situation could change in the future in this regard. It is true that many voices have called for a more flexible approach<sup>21</sup> and amendments to that effect were proposed when the Reda report was discussed in the European Parliament’s Legal Affairs Committee.<sup>22</sup> However, none of the amendments were adopted in the text passed on 16 June 2015 and, as Julia Reda recognized herself on her website: “There was no majority for a flexible open norm which would have allowed the legislation to cover future developments unforeseen today”.<sup>23</sup>

*el derecho americano adopta, en cierto modo, un “principio” de fair use<sup>15</sup>, el derecho europeo ha elegido una lista cerrada de excepciones, lo cual prohíbe a los Estados miembros crear otras. La segunda es que esas excepciones son de interpretación estricta. La regla cae por su peso si se toma el término “excepción” en el sentido propio teniendo en cuenta el adagio exceptio est strictissimae interpretationis, como siempre lo ha sido en Francia<sup>16</sup>. Pero también es válida si se prefiere hablar de “limitaciones” como ocurre en Alemania<sup>17</sup>, o en Suecia<sup>18</sup>. Se observará a este respecto que, para tener en cuenta la diversidad de las tradiciones jurídicas, el artículo 5 de la directiva evita escoger, de lo que se deriva su título: “Excepciones y limitaciones”. El ejemplo contrario viene de Holanda, donde el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de un razonamiento por analogía<sup>19</sup>. Pero la solución ya no es aplicable desde que el Tribunal de Justicia ha sentado claramente el principio, en varias ocasiones, de la interpretación estricta<sup>20</sup>.*

*Nada permite pensar que la situación podría evolucionar en el futuro sobre este punto. Es cierto que se han alzado numerosas voces para reivindicar un enfoque más flexible<sup>21</sup>, y que se han propuesto enmiendas en ese sentido con ocasión de la discusión del informe Reda ante la Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento Europeo<sup>22</sup>. Pero ninguna de esas enmiendas fue adoptada en el texto votado el 16 de junio de 2015, habiendo reconocido la Sra. Reda en su sitio Internet: “There was no majority for a flexible open norm which would have allowed the legislation to cover future developments unforeseen today”<sup>23</sup>.*

sorte, un “principe” de *fair use*,<sup>15</sup> le droit européen a pris le parti d'une liste fermée d'exceptions, ce qui interdit aux Etats membres d'en créer d'autres. La seconde est que ces exceptions sont d'interprétation stricte. La règle coule de source si l'on prend le terme “exception” au sens propre compte tenu de l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*, ce qui a toujours été le cas en France<sup>16</sup>. Mais elle vaut également si l'on préfère parler de “limitations” comme c'est le cas en Allemagne<sup>17</sup> ou en Suède<sup>18</sup>. On relèvera à cet égard que, pour tenir compte de la diversité des traditions juridiques, l'article 5 de la directive ne choisit pas, d'où son intitulé : “Exceptions et limitations”. Le contre-exemple vient des Pays-Bas, où la Cour de cassation a admis la possibilité d'un raisonnement par analogie<sup>19</sup>. Mais la solution n'est plus de mise depuis que la Cour de justice a posé nettement le principe, à plusieurs reprises, de l'interprétation stricte<sup>20</sup>.

Rien ne permet de penser que la situation pourrait évoluer dans l'avenir sur ce point. Certes, de nombreuses voix se sont élevées pour revendiquer une approche plus flexible<sup>21</sup>, et des amendements en ce sens ont été proposés lors de la discussion du rapport Reda devant la Commission des affaires juridiques du Parlement européen<sup>22</sup>. Mais aucun de ces amendements n'a été adopté dans le texte voté le 16 juin 2015, Mme Reda reconnaissant elle-même sur son site Internet : “There was no majority for a flexible open norm which would have allowed the legislation to cover future developments unforeseen today”<sup>23</sup>.

It has to be acknowledged that there are solid arguments to support the *status quo*. The most decisive one of course is predictability. The importance of the judge's assessment in the system of fair use creates uncertainty<sup>24</sup> which may be good for lawyers... but not for users of works who, as the many consultations organized by the European Commission have shown, want to know clearly what is lawful and what is not. There is probably less haziness in the United States where legal practitioners, based on a body of case law built up over 175 years, hope to anticipate the court's response.<sup>25</sup> However, it would be necessary to wait a long time – and after how much trial and error – to see the countries of the European Union in a position to propose a safe guide. And even then, the guide might not be the same in each country, making harmonization a pious wish.<sup>26</sup>

Nevertheless, the principle of the strict interpretation of exceptions/limitations needs to be qualified. Indeed, the Court of Justice has made it clear that the rule must not prevent the exception's effectiveness from being safeguarded and its purpose from being observed.<sup>27</sup> The compromise is dictated by common sense. The French Court of Cassation said the same thing when it indicated, in connection with the statutory licence that phonogram producers and performers have to accept for certain uses of commercial phonograms, that the existence of a derogating provision (in this case article L. 214-1 of the Intellectual Property Code) "does not prevent it from being applied to the full extent of the provision's *raison d'être*".<sup>28</sup> However, the

*Hay que reconocer que el statu quo puede basarse en argumentos sólidos. El margen que se deja a la apreciación del juez en el sistema del fair use hace planear una incertidumbre<sup>24</sup> que sin duda satisface a los abogados..., pero no a los usuarios de las obras, los cuales, como lo han mostrado las numerosas consultas organizadas por la Comisión Europea, quieren saber claramente lo que es lícito y lo que no lo es. Esa imprecisión es sin duda menor en Estados Unidos donde los juristas pueden, basándose en un corpus jurisprudencial edificado durante 175 años, esperar anticipar la respuesta judicial<sup>25</sup>. Pero habría que esperar mucho tiempo, y muchos titubeos, para que los países de la Unión estuvieran en condiciones de proponer una brújula segura. Y además esa brújula corre el riesgo de no ser la misma según los países, lo cual haría de la armonización un mero deseo<sup>26</sup>.*

*Debe aportarse sin embargo un matiz al principio de la interpretación estricta de las excepciones-limitaciones. El Tribunal de Justicia ha precisado, en efecto, que la regla no debe impedir preservar el efecto útil de la excepción y respetar su finalidad<sup>27</sup>. La atenuación viene dictada por el sentido común. El Tribunal Supremo francés no dijo nada distinto observando, a propósito de la licencia legal a que deben someterse los productores de fonogramas y los artistas-intérpretes para determinadas utilidades de fonogramas del comercio, que la aplicación de un "texto derogatorio" (en concreto el artículo L. 214-1 del Código de la propiedad intelectual) "no excluye que eso se haga en toda la medida de la razón de ser de*

Il faut reconnaître que le *statu quo* peut se recommander de solides arguments. Le plus décisif, assurément, est celui de la prévisibilité. La place laissée à l'appréciation du juge dans le système du *fair use* fait planer une incertitude<sup>24</sup> qui fait sans doute l'affaire des avocats..., mais pas des utilisateurs d'œuvres, lesquels, les nombreuses consultations organisées par la Commission européenne l'ont bien montré, veulent savoir clairement ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. Ce flou est sans doute moins grand aux États-Unis où les juristes peuvent, sur la base d'un corpus jurisprudentiel édifié depuis 175 ans, espérer anticiper la réponse judiciaire<sup>25</sup>. Mais il faudrait attendre longtemps, et après combien de tâtonnements, pour voir les pays de l'Union européenne être en mesure de proposer une boussole sûre. Encore cette boussole risquerait-elle de ne pas être la même d'un pays à l'autre, ce qui ferait de l'harmonisation un vœu pieux<sup>26</sup>.

Un bémol doit toutefois être apporté au principe de l'interprétation stricte des exceptions-limitations. La Cour de justice, en effet, a précisé que la règle ne doit pas empêcher de sauvegarder l'effet utile de l'exception et de respecter sa finalité<sup>27</sup>. Le tempérament est dicté par le bon sens. La Cour de cassation française n'avait pas dit autre chose en relevant, à propos de la licence légale que doivent souffrir les producteurs de phonogrammes et les artistes-interprètes pour certaines utilisations de phonogrammes du commerce, que l'application d'un "texte dérogatoire" (en l'espèce l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle)

Court of Justice does not hesitate to take a bold step down this path, as demonstrated in the *Technische Universität Darmstadt* case where the Court decided that “[the] right of communication of works enjoyed by establishments such as publicly accessible libraries covered by Article 5(3)(n) of Directive 2001/29, within the limits of the conditions provided for by that provision, would risk being rendered largely meaningless, or indeed ineffective, if those establishments did not have an ancillary right to digitise the works in question”.<sup>29</sup> The Court’s analysis was viewed<sup>30</sup> as marking a “radical break, testifying to a new power balance to the detriment of authors”, and as taking liberties with the three-step test.

The two topical issues spotlighted in this study must now be analyzed in the light of these principles.

## II – COPYRIGHT AND FREEDOM OF EXPRESSION

### A – U.S. Law

It is settled case law in the United States that copyright avoids conflicts with freedom of expression by means of two safety valves within copyright law. As the Supreme Court stated in *Eldred v. Ashcroft*<sup>31</sup> and *Golan v. Holder*,<sup>32</sup> “copyright’s built-in free speech safeguards”, namely the non-protection of ideas and information

*esta disposición*”<sup>28</sup>. *Pero el Tribunal de Justicia no duda en emprender con audacia este camino, como lo atestigua el pleito Technische Universität Darmstadt, en el que decidió que “el derecho de comunicación de las obras que los establecimientos, tales como las bibliotecas accesibles al público, citados en el artículo 5, párrafo 3, bajo n), sacan de la directiva 2001/29, dentro de los límites de las condiciones previstas en esta disposición, correría el riesgo de perder gran parte de su sustancia, y hasta de su efecto útil, si esos establecimientos no dispusieran de un derecho accesorio de digitalización de las obras concernidas”*<sup>29</sup>, *en lo que se ha podido ver*<sup>30</sup> *una “ruptura radical, que testimonia una relación de fuerzas nueva en detrimento del autor”, y que toma libertades con el triple test.*

*A la luz de estos principios deben ser analizados ahora los dos temas de actualidad sobre los que se focaliza el presente estudio.*

## II – DERECHO DE AUTOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

### A – Derecho americano

*Es jurisprudencia constante en Estados Unidos que el derecho de autor esquiva los conflictos con la libertad de expresión mediante dos válvulas de seguridad en el seno del derecho de autor. Como evocó el Tribunal Supremo en los pleitos Eldred v. Ashcroft<sup>31</sup> y Golan v. Holder<sup>32</sup> las “barreras internas al*

“n'exclut pas qu'elle soit menée dans toute la mesure de la raison d'être de cette disposition”<sup>28</sup>. Mais la Cour de justice n'hésite pas à s'engager de façon audacieuse dans cette voie, comme en témoigne l'affaire *Technische Universität Darmstadt*, dans laquelle elle a décidé que “(le) droit de communication d'œuvres que tirent les établissements, tels que les bibliothèques accessibles au public, visés à l'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29, dans les limites des conditions prévues à cette disposition, risquerait d'être vidé d'une grande partie de sa substance, voire de son effet utile, si ceux-ci ne disposaient pas d'un droit accessoire de numérisation des œuvres concernées”<sup>29</sup>, où l'on a pu voir<sup>30</sup> une “rupture radicale, témoignant d'un rapport de forces nouveau au détriment de l'auteur”, et prenant des libertés avec le triple test.

C'est à la lumière de ces principes que doivent maintenant être analysés les deux thèmes d'actualité sur lesquels la présente étude braque le projecteur.

## **II – DROIT D'AUTEUR ET LIBERTÉ D'EXPRESSION**

### **A – Droit américain**

Il est de jurisprudence constante aux États-Unis que le droit d'auteur esquivé les conflits avec la liberté d'expression par le biais de deux soupapes de sécurité au sein du droit d'auteur. Comme l'a évoqué la Cour suprême dans les affaires *Eldred v. Ashcroft*<sup>31</sup> et *Golan v Holder*<sup>32</sup>



at the front end and the fair use exception at the back end,<sup>33</sup> are generally adequate to reconcile the protection of copyright and the protection of freedom of expression. Hence the refusal of the U.S. courts to date to intervene externally through the First Amendment in order to come to the rescue of freedom of speech where it has allegedly been flouted by copyright.<sup>34</sup>

The principle of transformative use, as we have seen, reinforces the acceptance of the fair use exception for comment, criticism, parody and other uses that in some way place themselves in opposition to the copied work. This result is clearly compatible with free speech because, as the Supreme Court stressed in *Campbell v. Acuff-Rose*, copyright should not lead to the suppression of opinions with which the author disagrees. At a more general level, and as the Court of Appeals for the Second Circuit had noted in another much older case involving parody, by reference to the constitutional clause giving Congress the power to legislate in the field of copyright, “in passing upon particular claims of infringement [courts] must occasionally subordinate the copyright holder’s interest in a maximum financial return to the greater public interest in the development of art, science and industry.”<sup>35</sup> In other words, the “progress of science” sought by the constitutional clause requires at times that the protection of copyright should yield to a use which also contributes to the advancement of knowledge. That said, the concession does not suppress the exclusive right entirely; it is not a question of eliminating the economic benefits but rather of restricting them to a certain extent. It is possible to see an allusion here to the considerations

*derecho de autor”, a saber, la no protección de las ideas y de la información aguas arriba, y la excepción de fair use aguas abajo<sup>33</sup>, bastan en general para conciliar la protección del derecho de autor con la de la libertad de expresión. De lo que resulta la negativa hasta ahora de las jurisdicciones americanas a una intervención externa por la primera enmienda para socorrer una libertad de expresión supuestamente vulnerada por el derecho de autor<sup>34</sup>.*

*El principio de la utilización “transformativa”, como hemos visto, refuerza la aceptación de la excepción de fair use favorable a los comentarios, críticas, parodias y otras utilizaciones que en cierto modo van en contra de la obra copiada. Este resultado es evidentemente compatible con la libertad de expresión ya que, como subrayó el Tribunal Supremo en el pleito Campbell v. Acuff-Rose, el derecho de autor no debe llevar a la supresión de las opiniones que no están de acuerdo con el autor. Más generalmente, como lo observó el Tribunal de apelación del segundo circuito, en otro caso de parodia, mucho más antiguo, refiriéndose al texto constitucional que prevé el poder del Congreso de legislar en materia de derecho de autor, “in passing upon particular claims of infringement [courts] must occasionally subordinate the copyright holder’s interest in a maximum financial return to the greater public interest in the development of art, science and industry”<sup>35</sup>. Eso significa que a veces el “progreso de la ciencia” previsto por la cláusula constitucional requiere que la protección del derecho de autor ceda el paso a una utilización que, también por su lado, contribuye a aumentar el conocimiento. Una vez dicho esto, la*

les “garde-fous internes au droit d’auteur”, à savoir, la non-protection des idées et de l’information en amont, et l’exception de *fair use* en aval,<sup>33</sup> en général suffisent pour concilier la protection du droit d’auteur avec celle de la liberté d’expression. D’où le refus jusqu’ici des juridictions américaines d’une intervention externe par le premier amendement pour secourir une liberté d’expression prétendument bafouée par le droit d’auteur.<sup>34</sup>

Le principe de l’utilisation transformatrice, comme nous l’avons vu, renforce l’accueil de l’exception de *fair use* favorable aux commentaires, critiques, parodies et d’autres utilisations qui en quelque sorte prennent le contre-pied de l’œuvre copiée. Ce résultat est évidemment compatible avec la liberté d’expression car, comme l’avait souligné la Cour suprême dans l’affaire *Campbell v. Acuff-Rose*, le droit d’auteur ne doit pas conduire à la suppression des opinions en désaccord avec l’auteur. De façon plus générale, comme l’avait observé la Cour d’appel du deuxième circuit, dans une autre affaire, bien plus ancienne, de parodie, se référant au texte constitutionnel qui prévoit le pouvoir du Congrès de légiférer en matière de droit d’auteur, “in passing upon particular claims of infringement [courts] must occasionally subordinate the copyright holder’s interest in a maximum financial return to the greater public interest in the development of art, science and industry.”<sup>35</sup> C’est dire que parfois le “progrès de la science” prévue par la clause constitutionnelle requiert que la protection du droit d’auteur cède la place à une utilisation qui, elle aussi, contribue à l’essor du savoir. Ceci dit, la concession ne

arising from the impact of the use on the potential market for the work (fourth fair use factor as later codified by the Copyright Act of 1976). The progress of science requires not only that the authors of first works let others speak (and particularly analyze and criticize) but also that they receive a sufficient reward to induce them to continue creating.

It is more controversial when a second author takes material from an earlier work (sometimes even the full work) without including the copied material in a new work of his or her own making that comments on it. Initially, courts required the takings to be justified within the quoting work, thus distinguishing quotation as the subject of commentary from quotation to make the quoting work more appealing due to the merits of the copied material. Quotation for the purpose of embellishment was regarded as exceeding what was necessary to achieve the second work's aim (third factor: the amount and substantiality of the copying) and thus was not normally deemed to be fair use.<sup>36</sup> However, a shift influenced by transformative use can be seen in more recent case law which now allows, firstly, quotation of a work – even in full – for informational purposes and, secondly, quotation – again even in full – when the second-comer changes the context of the quoted work, without requiring second authors to explain their approach, the “new meaning” or “new message” referred to in the decision in *Campbell v. Acuff-Rose* being in the eyes of the reader or viewer and not necessarily in what the defendant says. We shall

*concesión no suprime el derecho exclusivo en su totalidad; se trata de limitar en cierta medida los beneficios económicos, y no de eliminarlos. Se puede ver en ello una alusión a las consideraciones derivadas del impacto de la utilización en el mercado potencial de la obra (cuarto criterio del fair use tal y como está codificado, con posterioridad a esta sentencia, por la ley de 1976). El progreso de la ciencia requiere no solo que el primer autor deje hablar (y sobre todo analizar y criticar) a los demás, sino también que reciba una recompensa suficiente para que siga creando.*

*Más controversia suscitan las copias de obras anteriores (a veces incluso copias íntegras) sin que el segundo autor haya integrado los elementos copiados en una obra propia que los comenta. En un primer tiempo, los jueces exigían que lo copiado se justificase en el marco de la obra que cita, distinguiendo la cita objeto de comentario, de la cita destinada a que la obra segunda sea más atractiva gracias a los méritos de los elementos copiados. La cita para embellecer se consideraba que iba más allá de lo necesario para realizar el objetivo de la obra segunda (tercer criterio: la cantidad y la sustancia de la copia), y por lo tanto no se suponía fair use.<sup>36</sup> La jurisprudencia más reciente, sin embargo, ha evolucionado bajo la égida de la utilización transformativa, para permitir, por un lado, la cita, incluso íntegra, cuando cambia el contexto de la obra citada, sin que segundo autor deba explicar su elección – los “nuevos significados, o nuevos mensajes” evocados por la jurisprudencia *Campbell v. Acuff-Rose* aludían a la visión del lector o del espectador, y no forzosamente a lo alegado por el demandado. Examinaremos la copia*

supprime pas le droit exclusif dans sa totalité; il s'agit de cantonner dans une certaine mesure les bénéfices économiques, non pas de les éliminer. On peut y voir une allusion aux considérations découlant de l'impact de l'utilisation sur le marché potentiel de l'œuvre (4<sup>e</sup> critère du *fair use* tel que, ultérieurement à cette décision, codifié par la loi de 1976). Le progrès de la science requiert non seulement que l'auteur premier laisse parler (et surtout analyser et critiquer) les autres, mais aussi qu'il reçoive une récompense suffisante pour qu'il continue à créer.

Plus controversées sont des reprises d'œuvres antérieures (parfois même des reprises intégrales) sans que l'auteur seconde ait intégré les éléments copiés dans une œuvre propre qui les commente. Dans un premier temps, les juges exigeaient que les reprises se justifient dans le cadre de l'œuvre citante, distinguant la citation objet de commentaire, de la citation pour rendre l'œuvre citante plus attractive grâce aux mérites des éléments copiés. La citation pour embellir était considérée comme allant au-delà du nécessaire pour accomplir le but de l'œuvre seconde (3<sup>e</sup> critère : la quantité et la substantialité de la copie), et donc normalement n'était pas réputée un *fair use*.<sup>36</sup> La jurisprudence plus récente, cependant, a évolué sous l'égide de l'utilisation transformative, pour permettre, d'une part, la citation, même intégrale, d'une œuvre dans un but d'information, et d'autre part, la citation, même intégrale, lorsqu'elle change le contexte de l'œuvre citée, sans que l'auteur second doive expliquer sa démarche – les “nouvelle signification, ou nouveau message” évoqués par la jurisprudence *Campbell v. Acuff-Rose* étant aux

consider material taken for informational purposes in the third part of this study; we focus here on takings that change the meaning of the quoted work.

*con fines de información en la tercera parte de este estudio, para focalizarnos aquí en las copias que cambian la significación de la obra citada.*

The works subject to takings that involve a change of meaning are mainly photographic and pictorial ones particularly as used by proponents of “appropriation art”, the aim of this form of expression being to take other people’s works, often with little manipulation of the image. Initially, before the decision in *Campbell v. Acuff-Rose*, the courts showed a rather hostile attitude towards this technique, which they viewed as an unfair practice. *Rogers v. Koons*,<sup>37</sup> for example, involved a black-and-white photo of a couple with a lot of puppies that artist Jeff Koons had transformed into a highly coloured sculpture entitled “String of Puppies”. See the photos below.

*Las obras que son objeto de copia que provocan un cambio de significación son con la mayor frecuencia obras fotográficas o pictóricas, y las copias realizadas lo son sobre todo por adeptos del “appropriation art”, siendo el objetivo de esta forma de expresión copiar las obras del prójimo, con una manipulación de la imagen más o menos grande. En un primer tiempo, antes de la sentencia *Campbell v. Acuff-Rose*, los jueces se mostraron bastante hostiles a esta escuela, que vieron como una práctica desleal. En el pleito *Rogers v. Koons*<sup>37</sup>, por ejemplo, se trataba de una foto en blanco y negro de una pareja con un gran número de perritos, que el artista Jeff Koons había transformado en una escultura muy colorista y titulada “String of Puppies”. Ver las fotos más abajo.*



Photo: Art Rogers.

yeux du lecteur ou du spectateur, et pas nécessairement aux dires du défendeur. Nous examinerons la reprise dans un but d'information dans la troisième partie de cette étude, pour focaliser ici sur les reprises qui changent la signification de l'œuvre citée.

Les œuvres faisant l'objet de reprises opérant changement de signification sont le plus souvent des œuvres photographiques ou picturales, et les reprises accomplies surtout par des adeptes de l'“*appropriation art*”, le but de cette forme d'expression étant de reprendre les œuvres d'autrui, avec plus ou moins de manipulation de l'image. Dans un premier temps, avant la décision *Campbell v. Acuff-Rose*, les juges se sont montrés assez hostiles à cette école, qu'ils ont perçue comme une pratique déloyale. Dans l'affaire *Rogers v Koons*,<sup>37</sup> par exemple, il s'agissait d'une photo en noir et blanc d'un couple avec un grand nombre de chiots, que l'artiste Jeff Koons avait transformé en une sculpture très colorée et intitulée “String of Puppies.” Voir photos ci-dessous.



Jeff Koons, String of Puppies

The Court of Appeals for the Second Circuit rejected Koons' claim that the sculpture was a parody of the banality of the life of Americans living in affluent suburbs because the plaintiff's work was too unknown to be the subject of a parody (familiarity with the target of the joke being an implicit condition) and because if the aim was to mock society at large, it was not necessary to copy the plaintiff's work.

Subsequently, the same Court of Appeals softened its stance, so much so that it seems to amount to an unavowed U-turn. In another case involving Jeff Koons and a photographer, the plaintiff photographer claimed that Koons had copied the most important part of one of her fashion photos and used it in a work entitled "Niagara" consisting of a collage of several photos combining images of women's legs and bare or shoed feet (including the photo at issue) with images of fast food and the Niagara Falls. See the photos below.

*El Tribunal de apelación del segundo circuito rechazó la pretensión de Koons de que se trataba de una parodia de la banalidad de la vida de los americanos residentes en los barrios acomodados, ya que la obra del demandante era demasiado desconocida para ser objeto de una parodia (siendo el conocimiento del blanco de la broma una condición sobreentendida), y que si se trataba de burlarse de una condición social general, no era necesario copiar la obra del demandante.*

*Después, la posición de ese mismo Tribunal de apelación se flexibilizó hasta constituir un cambio radical inconfesado. En otro pleito que ponía en causa a Jeff Koons y una fotógrafa, esta se quejaba de la copia por Koons de la parte más importante de una de sus fotos de moda en una obra titulada "Niágara" compuesta de un collage de varias fotos que mezclaba imágenes de piernas y de pies femeninos con o sin calzado (entre las cuales la imagen en causa) con imágenes de fast food y de las cataratas del Niágara. Ver las fotos más abajo.*

La Cour d'appel du deuxième circuit a refoulé la prétention de Koons qu'il s'agissait d'une parodie de la banalité de la vie des américains résidant dans des banlieues aisées, car l'œuvre du demandeur était trop inconnue pour faire l'objet d'une parodie (la connaissance de la cible de la plaisanterie étant une condition sous-entendue), et que s'il s'agissait de se moquer d'une condition sociale générale, ce n'était pas nécessaire de copier l'œuvre du demandeur.

Par la suite, la position de la même Cour d'appel s'est infléchie jusqu'à constituer un revirement inavoué. Dans une autre affaire mettant en cause Jeff Koons et une autre photographe, celle-ci s'est plainte de la reprise par Koons de la partie la plus importante d'une de ses photos de mode dans une œuvre intitulée "Niagara" composée d'un collage de plusieurs photos mélangeant des images de jambes et de pieds féminins nus ou chaussés (dont la photo litigieuse) avec des images de fast food et des chutes du Niagara. Voir photos ci-dessous.





Andrea Blanch. *Silk Sandals by Gucci* (date).

This time, the Court accepted the fair use defence, explaining that Koons' use was "transformative", as the copied work served as "raw material" for an entirely different message from the one conveyed by the photographer. The Court credited Koons' description of his artistic approach.

*Esta vez el Tribunal admitió la excepción de fair use, explicando que el trabajo de Koons era "transformativo", ya que la obra copiada servía de "materia bruta" a un mensaje totalmente diferente del comunicado por la fotógrafa. El Tribunal acreditó la explicación dada por Koons de su enfoque artístico:*

Koons is, by his own undisputed description, using Blanch's image as fodder for his commentary on the social and aesthetic consequences of mass media. His stated objective is thus not to repackage Blanch's "Silk Sandals," but to employ it "in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings." When, as here, the copyrighted work is used as "raw material," in the furtherance of

*Koons is, by his own undisputed description, using Blanch's image as fodder for his commentary on the social and aesthetic consequences of mass media. His stated objective is thus not to repackage Blanch's "Silk Sandals," but to employ it "in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings." When, as here, the copyrighted work is used as "raw material," in*



Jeff Koons, *Niagara* (2000)

Cette fois, la Cour a admis l'exception de *fair use*, expliquant que la démarche de Koons était "transformative", l'œuvre copiée servant de "matière brute" à un message totalement différent de celui communiqué par la photographe. La Cour a crédité l'explication faite par Koons de sa démarche artistique.

Koons is, by his own undisputed description, using Blanch's image as fodder for his commentary on the social and aesthetic consequences of mass media. His stated objective is thus not to repackage Blanch's "Silk Sandals," but to employ it "in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings.". When, as here, the copyrighted work is used as

distinct creative or communicative objectives, the use is transformative.<sup>38</sup>

In a concurring opinion, one of the judges distinguished *Rogers v. Koons* by pointing out that, in the earlier case, Koons' behaviour was parasitic whereas the juxtaposition of the images in this case was for the purpose of commentary.<sup>39</sup> Indeed, it is possible to reconcile the two decisions by observing that, in the first work, Koons used the whole photo and, apart from transforming the image into a three-dimensional work, added little personal input, whereas, in the second one, the copying was partial and was incorporated into a far more complex second work. In addition, the opinion of the Court and the concurring opinion stress that where Rogers had suffered harm because Koons had usurped his market for licensing reproductions or adaptations of his photos, Koons did not encroach on any market exploited by Blanch because she admitted that she did not grant licences to reuse her photos. In considering whether Blanch had suffered harm, the Court refused to take account of potential secondary markets that Blanch had not actually exploited.

More recently, the same Court of Appeals applied the fair use exception in favour of another "appropriation artist", Richard Prince, who had taken several photos from a book that photojournalist Patrick Cariou had published on Jamaican Rastafarians, increasing the images tenfold and transferring them to canvases,

*the furtherance of distinct creative or communicative objectives, the use is transformative.*<sup>38</sup>

*En una opinión concurrente, uno de los jueces subrayó la singularidad de Rogers v. Koons porque en el pleito anterior, el comportamiento de Koons era parasitario, mientras que la yuxtaposición de las imágenes en el presente pleito era la fuente del comentario<sup>39</sup>. Se pueden conciliar en efecto las dos sentencias observando que en la primera la obra de Koons retomaba la totalidad de la foto y, aparte de la transformación de la imagen en una obra tridimensional, no añadía gran aportación personal, mientras que en la segunda, la copia era parcial y estaba integrada en una obra segunda mucho más compleja. Además la opinión del Tribunal y la opinión concurrente subrayaron que mientras que Rogers había sufrido un perjuicio porque Koons había usurpado su mercado para la concesión de licencias de reproducción o de adaptación de sus fotos, Koons no había invadido el mercado explotado por Blanch ya que esta admitía que no concedía licencias para la reutilización de sus fotos. Al considerar si Blanch había sufrido un perjuicio, el Tribunal se negó a tener en cuenta mercados secundarios potenciales que Blanch no había explotado de hecho.*

*Más recientemente, el mismo Tribunal de apelación aplicó la excepción de fair use en favor de otro "appropriation artist", Richard Prince, que había tomado varias fotos de un libro que el fotoperiodista Patrick Cariou había publicado sobre los Rastafaris de Jamaica, ampliando las imágenes diez*

“raw material,” in the furtherance of distinct creative or communicative objectives, the use is transformative.<sup>38</sup>

Dans une opinion concurrente, un des juges a relevé la singularité de *Rogers v. Koons* au motif que dans la précédente affaire, le comportement de Koons était parasitaire, alors que la juxtaposition des images dans la présente affaire était la source du commentaire.<sup>39</sup> On peut en effet concilier les deux décisions en observant que dans la première l'œuvre de Koons reprenait l'intégralité de la photo et, à part la transformation de l'image en une œuvre en trois dimensions, n'y ajoutait pas beaucoup d'apport personnel, alors que dans la seconde, la copie était partielle et était intégrée dans une œuvre seconde beaucoup plus complexe. En plus l'opinion de la Cour et l'opinion concurrente ont souligné qu'alors que Rogers avait subi un préjudice car Koons avait usurpé son marché pour la concession de licences de reproduction ou d'adaptation de ses photos, Koons n'a pas empiété sur un marché exploité par Blanch car celle-ci admettait qu'elle ne concédait pas de licences pour la réutilisation de ses photos. En considérant si Blanch avait subi un préjudice, la Cour a refusé de prendre en compte des marchés secondaires potentiels que Blanch n'avait pas en fait exploités.

Plus récemment, la même Cour d'appel a appliqué l'exception de *fair use* en faveur d'un autre “*appropriation artist*”, Richard Prince, qui avait repris plusieurs photos d'un livre que le photojournaliste Patrick Cariou avait publiée sur les Rastafaris du Jamaïque, agrandissant les

sometimes superimposing colours or other elements on the otherwise unchanged images and sometimes incorporating the image in a collage with other images taken from the same book of Cariou's or from other sources. See the photos below.

*veces y transfiriéndolas sobre lienzos, a veces superponiendo colores u otros elementos a imágenes sin más cambio, a veces incorporando las imágenes en un collage con otras imágenes sacadas del mismo libro de Cariou, o bien de otras fuentes. (Ver las fotos más abajo).*



Patrick Cariou,  
*Yes, Rasta* (2000).

*Yes Rasta*, p 118, C00018

images par dix fois et les transférant sur des toiles, parfois en superposant des couleurs ou d'autres éléments sur des images autrement inchangées, parfois incorporant les images en collage avec d'autres images venant du même livre de Cariou, ou bien d'autres sources. (Voir photos ci-dessous.)



Richard Prince,  
*Canal Zone* (2007)



Prince pleaded fair use in his defence, but given his refusal to explain to the district court what new meaning or new message he was conveying by using Cariou's works, the court decided in favour of the plaintiff and denied the alleged transformative character of the use. The Court of Appeals reversed the initial judgment except for five of Prince's thirty paintings that used Cariou's photos, finding in Prince's works a clear transformation of Cariou's photos and dispensing the artist from any requirement of explicit commentary:

*Prince alegaba en su defensa la excepción de fair use, pero teniendo en cuenta su negativa de explicar al Tribunal cuál era la nueva significación o el nuevo mensaje que comunicaba al copiar las obras de Cariou, el Tribunal dio la razón al demandante, desestimando la supuesta utilización transformativa. El Tribunal de apelación invirtió la sentencia, salvo para cinco de los treinta cuadros de Prince que tomaban las fotos de Cariou, ya que encontraba en las obras de Prince una transformación manifiesta de las obras de Cariou, y dispensó al artista de cualquier obligación de comentario explícito:*



Prince plaidait l'exception de *fair use* en défense, mais étant donné son refus d'expliquer au tribunal quels étaient la nouvelle signification ou le nouveau message qu'il communiquait en reprenant les œuvres de Cariou, le tribunal a donné raison au demandeur, refoulant la prétendue utilisation transformative. La Cour d'appel a inversé le jugement sauf pour cinq des 30 tableaux de Prince qui reprenaient les photos de Cariou, trouvant dans les œuvres de Prince une transformation manifeste des photos de Cariou, et dispensant l'artiste de toute obligation de commentaire explicite :



What is critical is how the work in question appears to the reasonable observer, not simply what an artist might say about a particular piece or body of work. Prince's work could be transformative even without commenting on Cariou's work or on culture, and even without Prince's stated intention to do so.<sup>40</sup>

Having found that most of the works at issue were transformative in character, the Court then considered the harm suffered by the plaintiff (fourth factor). In earlier decisions, the Court had accepted that the plaintiff's market, including for derivative works, was usurped when the public targeted by the alleged infringer and the nature of the allegedly infringing work were the same. The public attracted by Prince's works, on the other hand, was totally different from Cariou's. The latter's book was out of print; he had sold only four prints from the book to acquaintances and his total revenue from *Yes, Rasta* was \$8,000, whereas Prince exhibited his works in the most exclusive galleries, sold them for over \$2,000,000 and had invited Hollywood stars (such as Robert DeNiro, Angelina Jolie and Brad Pitt) and celebrities from the contemporary art world (including Jeff Koons), to the opening of *Canal Zone*. As poor Cariou could never hope to reach the heights that Richard Prince had achieved, it followed that the photographer's and the artist's markets did not overlap and that Prince's transformative appropriation did not harm Cariou's pitiful market.

*What is critical is how the work in question appears to the reasonable observer, not simply what an artist might say about a particular piece or body of work. Prince's work could be transformative even without commenting on Cariou's work or on culture, and even without Prince's stated intention to do so.*<sup>40</sup>

*Habiendo encontrado un carácter transformativo a la mayoría de las obras demandadas, el Tribunal se interrogó después sobre el perjuicio sufrido por el demandante (cuarto criterio). En sentencias anteriores, el Tribunal había admitido que había usurpación del mercado del demandante, incluyendo las obras derivadas, cuando el público apuntado por el supuesto plaguario y la naturaleza de la obra presuntamente fraudulenta son los mismos. A contrario, el público atraído por las obras de Prince era totalmente diferente del de Cariou. Mientras que el libro de Cariou estaba agotado, que no había vendido a amigos más que cuatro clichés sacados del libro, y que sus ingresos totales de Yes, Rasta eran de 8000 \$, Prince exponía sus obras en las galerías más cotizadas, las vendía por cantidades superiores a 2.000.000 \$ y había invitado al vernissage de Canal Zone a estrellas de Hollywood (tales como Robert DeNiro, Angelina Jolie, y Brad Pitt) así como a celebridades del mundo del arte contemporáneo, incluyendo a Jeff Koons. Como el pobre Cariou no podía nunca pretender escalar las alturas en las que reinaba Richard Prince, se deducía que los mercados del fotógrafo y del artista no se correspondían, y que la apropiación transformativa de Prince no perjudicaba al pobretón mercado de Cariou.*

What is critical is how the work in question appears to the reasonable observer, not simply what an artist might say about a particular piece or body of work. Prince's work could be transformative even without commenting on Cariou's work or on culture, and even without Prince's stated intention to do so.<sup>40</sup>

Ayant trouvé un caractère transformatif à la plupart des œuvres défenderesses, la Cour s'est ensuite interrogée sur le préjudice subi par le demandeur (4<sup>e</sup> critère). Dans des décisions antérieures, la Cour avait retenu qu'il y avait usurpation du marché du demandeur, y compris pour des œuvres dérivées, lorsque le public ciblé par le prétendu contrefacteur et la nature de l'œuvre prétendument contrefaisante sont les mêmes. *A contrario*, le public attiré par les œuvres de Prince était totalement différent de celui de Cariou. Alors que le livre de Cariou était épuisé, qu'il n'avait vendu que quatre clichés tirés du livre à des amis, et que son revenu total de *Yes, Rasta* était de \$8000, Prince exposait ses œuvres dans les galeries les plus huppées, les vendait pour des sommes dépassant \$2.000.000, et avait invité au vernissage de *Canal Zone* des vedettes de Hollywood (telles que Robert DeNiro, Angelina Jolie, et Brad Pitt) ainsi que des célébrités du monde de l'art contemporain, y compris Jeff Koons. Le pauvre Cariou ne pouvant jamais prétendre escalader les hauteurs sur lesquelles trônait Richard Prince, il s'ensuivait que les marchés du photographe et de l'artiste ne se rencontraient pas, et que l'appropriation transformatrice de Prince ne nuisait pas au marché minable de Cariou.

This decision is hard to reconcile with the one delivered by the same Court of Appeals twenty-one years earlier in *Rogers v. Koons*. They could be distinguished on the ground that *Rogers v. Koons* preceded the adoption of the analysis of “transformative use” by the Supreme Court, but the more recent decision leads one to wonder whether this is not an overruling of *Rogers v. Koons* rather than a coherent development of case law. Nevertheless, although some aspects of the grounds in *Cariou v. Prince*, not least the weight that the Court attached to the people invited to the opening, are questionable, if not shocking, the Court’s refusal to require artists to explain themselves is certainly compatible with freedom of expression. Artists are not art critics – no more than judges are – and the copyright law should let their works speak for themselves. Admittedly, the Second Circuit’s endorsement of using the original works as “raw material” for the quoting artists could lead to misuse. To the extent that the fourth factor preserves the quoted author’s markets from unfair competition on the quoting author’s part, the latter’s treatment of earlier works as merely some of a number of materials in the construction of a work could be confined to uses that do not harm the quoted author’s markets. But to the extent that a court’s acceptance of the “transformativeness” of the use tends to pre-empt the fourth factor – by considering that a transformative use exploits a transformative market and hence a market that does not encroach on the plaintiff’s markets – the treatment of a work as raw material for the creation of transformative works seems to disregard the first author’s exclusive right to authorize derivative works, thus expanding the fair use exception in a disturbing manner.<sup>41</sup>

*Es difícil conciliar esta sentencia con la dictada por el mismo Tribunal de apelación en Rogers v. Koons 21 años antes. Se podría distinguirlas porque Rogers v. Koons es anterior a la adopción por el Tribunal Supremo del análisis del “transformative use”, pero la decisión más reciente nos lleva a preguntarnos si estamos más bien ante un cambio radical de jurisprudencia que ante una evolución coherente de esta. Sin embargo, aunque algunos aspectos de la motivación en Cariou v. Prince, en particular el peso que el Tribunal atribuye a las personalidades invitadas al vernissage, son discutibles, e incluso chocantes, la negativa del Tribunal a obligar a los artistas a explicarse es ciertamente compatible con la libertad de expresión. Los artistas no son críticos de arte – como tampoco los jueces – y el derecho de autor deja hablar a sus obras. Es cierto que el enfoque avalado por el Tribunal del 2º circuito, según el cual la utilización de obras primeras como “materia bruta” de los artistas que citan, se arriesga a desbordar sobre utilizaciones abusivas. En la medida en que el cuarto criterio preserva los mercados del autor citado de una competencia desleal por parte del autor que cita, el tratamiento de las obras anteriores como un simple elemento entre otros que contribuyen a construir una obra podría estar limitado a las utilizaciones no perjudiciales. Pero en la medida en que una corte o un tribunal, que ha admitido la “transformativeness” de la utilización tiene tendencia a anticipar sobre el cuarto criterio, estimando que la contrapartida de una utilización transformativa es un mercado transformativo, y por lo tanto un mercado que no desborda sobre el del demandante, tratar una obra como materia bruta para la creación de obras transformativas parece hacer*

Il est difficile de concilier cette décision avec celle rendue par la même Cour d'appel dans *Rogers v Koons* 21 ans auparavant. On pourrait les distinguer au motif que *Rogers v Koons* précède l'adoption par la Cour suprême de l'analyse de "transformative use", mais la décision plus récente nous amène à nous demander si nous sommes plus en présence d'un revirement que d'une évolution jurisprudentielle cohérente. Toutefois, même si certains aspects de la motivation dans *Cariou v. Prince*, notamment le poids que la Cour a attribué aux personnalités invitées au vernissage, sont discutables, voire choquants, le refus de la Cour d'obliger les artistes de s'expliquer est certainement compatible avec la liberté d'expression. Les artistes ne sont pas des critiques d'art – pas plus que les juges – et le droit d'auteur pourrait laisser parler leurs œuvres. Il est vrai que l'approche avalisée par la Cour d'appel du 2<sup>e</sup> circuit, selon laquelle l'utilisation des œuvres premières comme la "matière brute" des artistes citants risque de déborder sur des utilisations abusives. Dans la mesure où le 4<sup>e</sup> critère préserve les marchés de l'auteur cité d'une concurrence déloyale de la part de l'auteur citant, le traitement des œuvres antérieures comme un simple élément parmi d'autres qui contribuent à construire une œuvre pourrait être cantonné aux utilisations non nuisibles. Mais dans la mesure où une cour ou un tribunal, ayant retenu la "*transformativeness*" de l'utilisation a tendance à anticiper sur le 4<sup>e</sup> critère, en estimant que la contrepartie d'une utilisation transformative est un marché transformatif, et donc un marché qui n'empiète pas sur ceux du demandeur, le traitement d'une œuvre comme

*abstracción del derecho exclusivo del primer autor sobre las obras derivadas, y por lo tanto ampliar la aplicación de la excepción de fair use de forma preocupante<sup>41</sup>.*

## **B – European Union Law**

Until a few years ago, the reconciliation between authors' exclusive rights and freedom of expression had not been a subject of debate. It was accepted – at least implicitly – that it was up to each national legislature to seek a balance consistent with its values and its tradition, notably through the quotation exception, provided for in the Berne Convention from 1948, or by leaving room for the concept of parody, either in the form of an express exception as in article 41 of the French law of 1957 (now article L. 122-5 of the Intellectual Property Code), or as a case of “free use” under article 24 of the German law of 1965.

The situation changed when fundamental rights burst into the legal arena and gave ammunition to a certain line of thinking that called for a new balance that would be more favourable to users and capable, in its view, of better promoting the public interest. In this vein, it was argued that the three-step test should be subject to a holistic analysis that would include not only the economic implications of exceptions but also the “values underlying fundamental rights”.<sup>42</sup> Being hard to reconcile with the letter of article 9(2) of the Berne Convention,<sup>43</sup> this

## **B – Derecho de la Unión Europea**

*Hasta estos últimos años, la conciliación entre derecho de autor y libertad de expresión no había suscitado debate alguno. Se admitía, al menos implícitamente, que le incumbía a cada legislador nacional buscar el equilibrio conforme con sus valores y con su tradición, en particular a través de la excepción de cita, prevista por el Convenio de Berna desde 1948, o dando acomodo a la noción de parodia, sea a título de excepción expresa, como en el artículo 41 de la ley francesa de 1957 (que es ahora el artículo L. 122-5 del Código de la propiedad intelectual), sea como una hipótesis de la “libre utilización” considerada en el artículo 24 de la ley alemana de 1965.*

*La irrupción de los derechos fundamentales en la escena jurídica ha hecho evolucionar la situación, proporcionando armas a cierta doctrina que reclama un nuevo equilibrio más favorable a los usuarios y adecuado, según ella, a promover mejor el interés general. En este espíritu se ha sostenido la tesis según la cual el triple test debería ser objeto de un análisis de conjunto, que integre, por encima de las consecuencias económicas de las excepciones, los “valores que subtienden los derechos fundamentales”<sup>42</sup>. Difícil de*

matière brute à la création d'œuvres transformatives semble faire abstraction du droit exclusif de l'auteur premier sur les œuvres dérivées, et donc d'élargir l'application de l'exception de *fair use* de façon préoccupante.<sup>41</sup>

## **B – Droit de l'Union européenne**

Jusqu'à ces dernières années, la conciliation entre droit d'auteur et liberté d'expression n'avait donné lieu à aucun débat. Il était admis, au moins implicitement, qu'il revenait à chaque législateur national de rechercher l'équilibre conforme à ses valeurs et à sa tradition, notamment à travers l'exception de citation, prévue par la Convention de Berne dès 1948, ou en faisant une place à la notion de parodie, soit au titre d'une exception expresse, comme dans l'article 41 de la loi française de 1957 (devenu aujourd'hui l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle), soit comme une hypothèse de la "libre utilisation" visée par l'article 24 de la loi allemande de 1965.

L'irruption des droits fondamentaux sur la scène juridique a fait évoluer la situation, en donnant des armes à une certaine doctrine plaidant pour un nouvel équilibre plus favorable aux utilisateurs et propre, selon elle, à mieux promouvoir l'intérêt général. C'est dans cet esprit qu'a été soutenue la thèse selon laquelle le triple test devrait faire l'objet d'une analyse d'ensemble, intégrant, au-delà des incidences économiques des exceptions, les "valeurs qui sous-tendent les droits fondamentaux"<sup>42</sup>.

opinion did not get beyond the academic sphere.

It was a different matter for the argument drawn from article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) of 4 November 1950, laying down the principle that “everyone has the right to freedom of expression”. This principle was seized upon to offer the courts the possibility of requiring copyright to yield, even in the absence of a statutory exception or beyond the scope that the law assigned to the exception.<sup>44</sup> Users of works were quick to step into the breach that this opened up.

Initially, there was a mixed reception in case law. It is true that, in Germany, the Constitutional Court in the *Germania* case<sup>45</sup> did not hesitate to give primacy to freedom of expression over copyright by deciding, with regard to playwright and poet Heiner Müller’s use of whole passages from two works by Bertolt Brecht, beyond the limits of the quotation exception, for a play drawing a critical picture of Germany between 1941 and 1956, that the economic interests of rightholders had to yield to users’ interests in an artistic confrontation. The Austrian Supreme Court, for its part, expressly inferred from article 10 ECHR that copyright could not be invoked to frustrate the freedom of expression of a person claiming to be the victim of a press campaign.<sup>46</sup> The same argument was used by the Court of Appeal of The Hague<sup>47</sup> to justify the dissemination of texts belonging to the Church of Scientology in a denunciation campaign.

*coniliar con la letra del artículo 9.2 del Convenio de Berna<sup>43</sup>, esta opinión no ha salido de la esfera académica.*

*No ha ocurrido lo mismo con el argumento sacado del artículo 10 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) del 4 de noviembre de 1950, que sienta el principio de que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”, y que se ha acaparado para ofrecer al juez la posibilidad de hacer ceder al derecho de autor, aun en ausencia de una excepción legal o más allá del perímetro asignado por el legislador a la excepción<sup>44</sup>. Los usuarios de las obras no han tardado en precipitarse por la brecha así abierta.*

*En un primer tiempo, el balance jurisprudencial fue moderado. Es cierto que, en Alemania, el Tribunal Constitucional no dudó, en el pleito Germania<sup>45</sup>, en hacer prevalecer la libertad de expresión sobre el derecho de autor, decidiendo, a propósito de la copia de pasajes enteros, que excedían los límites de la excepción por cita, de dos obras de Bertold Brecht por el dramaturgo y poeta Heiner Müller en una obra teatral que dibujaba un cuadro crítico de Alemania entre 1941 y 1956, que los intereses económicos de los titulares de derechos debían ceder el paso a los intereses de los usuarios para una confrontación artística. El Tribunal Supremo austriaco, por su lado, dedujo expresamente del artículo 10 CEDH que el derecho de autor no podía ser invocado para oponerse a la libertad de expresión de una persona que se pretendía víctima de una campaña de prensa<sup>46</sup>. El mismo argumento permitió al Tribunal de apelación de La Haya<sup>47</sup> legitimar la difusión, en el marco de*

Difficile à concilier avec la lettre de l'article 9.2 de la Convention de Berne<sup>43</sup>, l'opinion n'a pas quitté la sphère académique.

Il en a été différemment pour l'argument tiré de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4 novembre 1950, posant le principe que "toute personne a droit à la liberté d'expression", dont on s'est emparé pour offrir au juge la possibilité de faire céder le droit d'auteur, même en l'absence d'exception légale ou au-delà du périmètre assigné par le législateur à l'exception<sup>44</sup>. Les utilisateurs d'œuvres n'ont pas tardé à s'engouffrer dans la brèche ainsi ouverte.

Dans un premier temps, le bilan jurisprudentiel a été mitigé. Certes, en Allemagne, la Cour constitutionnelle n'a pas hésité, dans l'affaire *Germania*<sup>45</sup>, à faire prévaloir la liberté d'expression sur le droit d'auteur, en décidant, à propos de l'emprunt de passages entiers, excédant les limites de l'exception de citation, de deux œuvres de Bertolt Brecht par le dramaturge et poète Heiner Müller pour une pièce peignant un tableau critique de l'Allemagne entre 1941 et 1956, que les intérêts économiques des titulaires de droits devaient céder le pas aux intérêts des utilisateurs à une confrontation artistique. La Cour de cassation autrichienne a, quant à elle, expressément déduit de l'article 10 CEDH que le droit d'auteur ne pouvait être invoqué pour tenir en échec la liberté d'expression d'une personne se prétendant victime d'une campagne de presse<sup>46</sup>. C'est le même argument qui a permis à la Cour d'appel de La Haye<sup>47</sup> de légitimer



However, other decisions came out against such primacy. In Germany, for example, the Supreme Court did not hesitate to hold that artistic freedom could not prevail over copyright, which also had a constitutional dimension, and that the legislator had already balanced the interests when formulating the exceptions to copyright.<sup>48</sup> In Austria, the Supreme Court likewise ruled out the very idea of requiring copyright to yield beyond the statutory exceptions by observing that the fundamental right to freedom of expression was already considered in the provisions of the copyright law dealing with exceptions.<sup>49</sup> In the United Kingdom, the Court of Appeal in London did not accept the defence based on freedom of expression concerning the publication of extracts from Lord Ashdown's personal notes in the *Sunday Telegraph* newspaper.<sup>50</sup> As to the Belgian and French Courts of Cassation, they summarily dismissed the argument in two rulings handed down within weeks of one another. The Belgian Court<sup>51</sup> held that the right to freedom of expression guaranteed under article 10 of the ECHR and article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which are directly applicable in Belgian domestic law, "does not preclude protection of the originality of the way the author of a literary or artistic work expresses his ideas and concepts" and that the copyright law as interpreted by the judges of the Court of Appeal (who had ruled that the unauthorized publication of summaries of magazine articles was infringing), "does not restrict the right to freedom of expression as guaranteed by the abovementioned Treaties".<sup>52</sup>

*una campaña de denuncia, de textos que emanaban de la Iglesia de la ciencia.*

*Pero otras decisiones se pronunciaron contra esa primacía. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Supremo no dudó en afirmar que la libertad artística no puede primar sobre el derecho de autor, que también tiene una dimensión constitucional, y que el legislador ha realizado ya un balance de los intereses en el enunciado de las excepciones al derecho de autor<sup>48</sup>. En Austria, el Tribunal Supremo ha descartado igualmente incluso la idea de hacer ceder al derecho de autor fuera de las excepciones legales, observando que el derecho fundamental a la libertad de expresión ya ha sido tenido en cuenta en las disposiciones de la ley sobre el derecho de autor relativas a las excepciones<sup>49</sup>. En el Reino Unido, el Tribunal de apelación de Londres no admitió el argumento de defensa sacado de la libertad de expresión a propósito de la publicación en el Sunday Telegraph de extractos de notas personales de lord Ashdown<sup>50</sup>. En cuanto a los Tribunales Supremos belga y francés, ambos han descartado firmemente el argumento en dos sentencias dictadas a unas semanas de intervalo. El primero<sup>51</sup> decidió que el derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 CEDH y el artículo 19 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, que tienen un efecto directo en derecho interno belga, "no obstaculizaba la protección de la originalidad de la forma en que el autor de una obra literaria o artística expresa sus ideas y sus conceptos", y que la ley sobre el derecho de autor, tal como la interpretan los jueces del Tribunal de apelación (que habían condenado como fraudulenta la edición no autorizada de resúmenes de*

la diffusion, dans le cadre d'une campagne de dénonciation, de textes émanant de l'Église de scientologie.

Mais d'autres décisions se sont prononcées contre cette primauté. En Allemagne, par exemple, la Cour de cassation n'a pas hésité à affirmer que la liberté artistique ne peut primer le droit d'auteur, lequel a aussi une dimension constitutionnelle, et que le législateur a déjà procédé à la balance des intérêts lors de l'énoncé des exceptions au droit d'auteur<sup>48</sup>. En Autriche, la Cour de cassation a pareillement écarté l'idée même de faire céder le droit d'auteur en dehors des exceptions légales, en observant que le droit fondamental à la liberté d'expression est déjà pris en compte dans les dispositions de la loi sur le droit d'auteur relatives aux exceptions<sup>49</sup>. Au Royaume-Uni, la Cour d'appel de Londres n'a pas admis la défense tirée de la liberté d'expression à propos de la publication dans le *Sunday Telegraph* d'extraits de notes personnelles de Lord Ashdown<sup>50</sup>. Quant aux cours de cassation belge et française, elles ont écarté sèchement l'argument dans deux arrêts rendus à quelques semaines d'intervalle. Le premier<sup>51</sup> a décidé que le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 CEDH et l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui sont d'un effet direct dans le droit interne belge, "ne fait pas obstacle à la protection de l'originalité de la façon avec laquelle l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique exprime ses idées et ses concepts", et que la loi sur le droit d'auteur, telle qu'interprétée par les juges de la cour d'appel (qui avaient condamné comme contrefaisante l'édition non autorisée de résumés

The French Court of Cassation<sup>53</sup> endorsed the Paris Court of Appeal's holding that "the author's statutory monopoly in his work is incorporeal property, which is guaranteed as the right of any natural or legal person to the peaceful enjoyment of that person's possessions and which the law subjects to proportionate limits both through the exceptions laid down in article L. 122-5 of the Intellectual Property Code and through the provision on manifest abuse in article L. 122-9 of the same Code" and rejected the plea alleging a violation of article 10 ECHR for being "ineffective".<sup>54</sup> When the issue was subsequently brought before the European Court of Human Rights, the latter found no fault with the rulings delivered in two cases against infringers who had tried to shelter behind article 10 ECHR's guarantee of freedom of expression, the first involving photographers who had posted pictures of fashion shows on a website<sup>55</sup> and the second involving the founders of The Pirate Bay.<sup>56</sup>

In this discussion, reference can also be made to the ruling handed down by the Swiss Federal Supreme Court which held in connection with the quotation right that the fundamental rights to freedom of expression and media freedom guaranteed by the Constitution do not mean that the courts may directly call into question the balance established by articles 19 to 28 of the copyright law dealing with "restrictions to authors' rights".<sup>57</sup>

artículos de revista), "no restringe el derecho a la libertad de expresión tal como está garantizado por los Tratados mencionados"<sup>52</sup>.

*El segundo*<sup>53</sup> aprobó al Tribunal de apelación de París por haber enunciado "que el monopolio legal del autor sobre su obra es una propiedad incorpórea, garantizada a título del derecho de toda persona física o moral al respeto de sus bienes, y a la que el legislador aporta límites proporcionados, tanto por las excepciones inscritas en el artículo L. 122-5 del Código de la propiedad intelectual como por el abuso notorio previsto en el artículo L. 122-9 del mismo Código, y desestimó como "inoperante" el argumento sacado de una violación del artículo 10 CEDH<sup>54</sup>. El debate fue llevado ante el Tribunal europeo de derechos humanos, y este no encontró nada criticable en la condena de defraudadores que habían pretendido protegerse tras la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 CEDH, en el primer pleito los fotógrafos que habían difundido en un sitio Internet imágenes de moda<sup>55</sup>, y en el segundo los fundadores del sitio Pirate Bay<sup>56</sup>.

*Se aportará también al debate la sentencia dictada por el Tribunal federal suizo que, a propósito del derecho de cita, juzgó que los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de los medios de comunicación garantizados por la Constitución no pueden permitir al juez poner directamente en causa el equilibrio instituido por los artículos 19 a 28 de la ley sobre el derecho de autor relativos a las "restricciones a los derechos de autor"*<sup>57</sup>.

d'articles de revue), “ne restreint pas le droit à la liberté d'expression tel que garanti par les Traités mentionnés”<sup>52</sup>.

Le second<sup>53</sup> a approuvé la Cour d'appel de Paris d'avoir énoncé “que le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même Code”, et a rejeté comme “inopérant” le moyen tiré d'une violation de l'article 10 CEDH<sup>54</sup>. Le débat ayant été porté devant la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci n'a rien trouvé à redire à la condamnation de contrefacteurs qui avaient prétendu s'abriter derrière la liberté d'expression garantie par l'article 10 CEDH, dans la première affaire des photographes qui avaient diffusé sur un site Internet des images de défilés de mode<sup>55</sup>, et dans la seconde les fondateurs du site Pirate Bay<sup>56</sup>.

On versera également au débat l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral suisse qui, à propos du droit de citation, a jugé que les droits fondamentaux à la liberté d'expression et à la liberté des médias garantis par la Constitution ne peuvent permettre au juge de remettre directement en cause l'équilibre institué par les articles 19 à 28 de la loi sur le droit d'auteur relatifs aux “restrictions aux droits d'auteur”<sup>57</sup>.

All these precedents suggested that freedom of expression could not be relied upon outside the statutory exceptions except in marginal cases.<sup>58</sup>

This reassuring finding could well be placed in doubt by two supreme court decisions handed down last year in the Netherlands and France. The first, in a case that led to questions being referred for a preliminary ruling to the Court of Justice on the crucial issue of hyperlinks, censured a decision of the Court of Appeal of Amsterdam which, along the same lines as the abovementioned Belgian and French decisions of 2003, had rejected the argument drawn from article 10 ECHR, instead basing its ruling on abstract grounds positing the primacy of copyright, subject only to the existence of exceptional circumstances that were not established in this case. The Hoge Raad explicitly criticized the lower court for not seeking a balance between freedom of expression and copyright through a proportionality test based on the facts of the case.<sup>59</sup>

The reasoning is the same in the French ruling. In this case, a fashion photographer who had produced three photographs representing a young woman's made-up face, which had been published by a magazine, had taken action against an artist/painter for incorporating the photographs in several of his works. After ruling out the parody and short quotation exceptions, the Paris Court of Appeal had rejected the argument based on "freedom of artistic expression" put forward by the defendant, who had asserted his own authorship, by holding that "the rights in allegedly infringing

*Todos estos precedentes hacían pensar que la libertad de expresión no puede ser invocada, más allá de las excepciones legales, sino en hipótesis marginales<sup>58</sup>.*

*Este balance tranquilizador podría verse puesto en tela de juicio por dos sentencias de casación dictadas el año pasado en Holanda y Francia. La primera, relativa a un caso que dio lugar a cuestiones prejudiciales sometidas al Tribunal de Justicia sobre el tema crucial de los hiperlazos, censura una sentencia del Tribunal de apelación de Amsterdam que, en la misma línea de las sentencias belga y francesa de 2003 antes citadas, había desestimado el argumento sacado del artículo 10 CEDH por una motivación abstracta que postulaba la primacía del derecho de autor, reservando solamente la existencia de circunstancias excepcionales no establecidas en ese caso. El Hoge Raad reprocha explícitamente a los jueces del fondo no haber buscado un equilibrio entre libertad de expresión y derecho de autor sobre la base de un control de proporcionalidad fundado en los hechos del caso<sup>59</sup>.*

*El razonamiento es el mismo en la sentencia francesa. En este caso, se trataba de un fotógrafo de moda que había realizado tres fotografías que representaban el rostro maquillado de una mujer joven, publicadas por una revista, y que reprochaba a un artista pintor el haber integrado esas fotografías en varias de sus obras. Tras haber descartado las excepciones por parodia y por cita corta, el Tribunal de apelación de París rechazó el argumento sacado de la "libertad de expresión artística", invocado por el demandado que se prevalecía por su lado de la calidad de*

Tous ces précédents donnaient à penser que la liberté d'expression ne pouvait être invoquée, au-delà des exceptions légales, que dans des hypothèses marginales<sup>58</sup>.

Ce constat rassurant pourrait bien être remis en cause par deux arrêts de cassation intervenus l'année dernière aux Pays-Bas et en France. Le premier, intervenu dans une espèce qui a donné lieu à des questions préjudicielles à la Cour de justice sur le thème crucial des hyperliens, censure un arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam qui, dans la même ligne que les arrêts belge et français précités de 2003, avait rejeté l'argument tiré de l'article 10 CEDH par une motivation abstraite postulant la primauté du droit d'auteur, en réservant seulement l'existence de circonstances exceptionnelles non établies en l'espèce. Le Hoge Raad reproche explicitement aux juges du fond de ne pas avoir recherché un équilibre entre liberté d'expression et droit d'auteur sur la base d'un contrôle de proportionnalité fondé sur les faits de l'espèce<sup>59</sup>.

Le raisonnement est le même dans l'arrêt français. En l'espèce, il s'agissait d'un photographe de mode qui avait réalisé trois photographies représentant le visage maquillé d'une jeune femme, publiées par un magazine et qui reprochait à un artiste peintre d'avoir intégré ces photographies dans plusieurs de ses œuvres. Après avoir écarté les exceptions de parodie et de courte citation, la Cour d'appel de Paris avait rejeté l'argument tiré de la "liberté d'expression artistique", invoquée par le défendeur qui se prévalait lui-même de sa qualité d'auteur, en

works cannot [...], failing a higher interest, override those in the works from which the latter are derived, without disregarding the right to protection of the rights of others in the field of artistic creation". The appeal for review contended that "limitations on the exercise of freedom of expression, which encompasses freedom of artistic expression, are allowed only provided that they are proportionate to the legitimate aim pursued, i.e. rendered necessary in a democratic society by a pressing social need". Asserting that "proportionality must be assessed *in concreto* by considering, *inter alia*, the nature of the message at issue and the extent of the impairment of the other competing right", it criticized the lower court for not undertaking such an analysis, thereby depriving its decision of a legal basis under article 10 ECHR. This argumentation, which is very similar to the reasoning conducted by the U.S. courts when addressing the first and fourth fair use factors, was taken up by the Court of Cassation which held that the Court of Appeal ought to have "explained in a concrete manner how the search for a fair balance between the rights involved demanded the judgment" that it had entered against the defendant.<sup>60</sup>

A parallel can be drawn between these two decisions and the ruling handed down by the German Constitutional Court in the *Metall auf Metall* case.<sup>61</sup> This case involved the German cult band *Kraftwerk*, a pioneer of electronic music in the 1970s, which sued a producer for "sampling" a 2-second drum sequence from its composition *Metall auf Metall*, created in

*autor, afirmando que "los derechos sobre obras acusadas de plagio no podrían (...), a defecto de un interés superior, imponerse sobre los de las obras de las que estas derivan, salvo que se ignore el derecho a la protección de los derechos de otro en materia de creación artística". El recurso alegaba que "las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión, que engloba la libertad de expresión artística, no se admiten sino con la condición de que sean proporcionadas al objetivo legítimo apuntado, es decir, que sean necesarias en una sociedad democrática por una necesidad social imperiosa". Afirmando que "la proporcionalidad debe apreciarse in concreto teniendo en cuenta, en particular, la naturaleza del mensaje en causa y la extensión del perjuicio causado al derecho concurrente", reprochaba a los jueces del fondo no haber realizado este análisis, privando así su decisión de base legal desde el punto de vista del artículo 10 CEDH. Esta argumentación, muy próxima al razonamiento desarrollado por los jueces americanos cuando confrontan los criterios primero y cuarto del fair use, es la que adopta el Tribunal Supremo afirmando que el Tribunal de apelación habría debido "explicar de forma concreta en qué medida la búsqueda de un justo equilibrio entre los derechos en presencia imponía la condena que pronunciaba"<sup>60</sup>.*

*Hay que comparar estas dos decisiones con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán en el pleito Metall auf Metall<sup>61</sup>. Estaba en causa el grupo alemán de culto Kraftwerk, pionero de la música electrónica en los años 1970, que reprochaba a un productor haber "muestreado" un batido de percusiones de 2 segundos, sacado de*

affirmant que “les droits sur des œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient [...], faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci sont dérivées, sauf à méconnaître le droit à la protection des droits d'autrui en matière de création artistique”. Le pourvoi faisait valoir que “les limitations à l'exercice de la liberté d'expression, qui englobe la liberté d'expression artistique, ne sont admises qu'à la condition qu'elles soient proportionnées au but légitime poursuivi, c'est-à-dire rendues nécessaires dans une société démocratique par un besoin social impérieux”. Affirmant que “la proportionnalité doit être appréciée *in concreto* en tenant compte, notamment, de la nature du message en cause et de l'étendue de l'atteinte portée au droit concurrent”, il reprochait aux juges du fond de ne pas avoir procédé à cette analyse, privant ainsi leur décision de base légale au regard de l'article 10 CEDH. C'est cette argumentation, très proche du raisonnement mené par les juges américains lorsqu'ils confrontent les premier et quatrième critères du *fair use*, que reprend à son compte la Cour de cassation en affirmant que la cour d'appel aurait dû “expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait”<sup>60</sup>.

On rapprochera de ces deux décisions l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire *Metall auf Metall*<sup>61</sup>. Était en cause le groupe culte allemand Kraftwerk, pionnier de la musique électronique dans les années 1970, qui reprochait à un producteur d'avoir “échantillonné” un roulement de percussions de 2 secondes, extrait de



1977, for the purpose of looping it repeatedly in the hit song *Nur Mir* by the German rapper Sabrina Setlur. After long and eventful legal proceedings, the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) had found in the band's favour, holding that article 24 of the German Copyright Act (referred to earlier) on "free use" was transposable to the phonogram producer's related right under article 85(1) but that the latter article could not justify the borrowing in this case given that the defendant had not established that it was impossible for him to produce himself the sound sequence at issue.<sup>62</sup> This stance against sampling was akin to the very restrictive position adopted by the U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit in the *Bridgeport Music* case.<sup>63</sup> However, it has been called into question by the Constitutional Court which, disavowing the *Bundesgerichtshof*'s ruling, criticized it for not seeking to strike a balance (*Gleichgewicht*) between the producer's related right and creative freedom guaranteed by article 5(3) of the Basic Law (*Grundgesetz*),<sup>64</sup> holding *inter alia* that sampling is a legitimate method of creation in the field of hip-hop and that therefore it should not be stifled by systematically requiring the derivative work's creator to seek licences which may be very costly and which the rightholder may refuse to grant anyway.<sup>65</sup> The Constitutional Court also clarified that, in seeking the necessary balance, the technical possibility of recreating the borrowed sounds does not have to be taken into account, this being an irrelevant factor, but that the possibly marginal character of the borrowing in both quantitative and qualitative terms and its economic impact must be considered. In the Court's view, the *Bundesgerichtshof* will thus have to interpret article 85 of the German copyright law in the light of these guidelines and, in the case of acts of exploitation occurring after Directive 2001/29 came into force, turn to EU law,

*su pieza Metall auf Metall creada en 1977, para hacer un bucle musical e incluirlo en el éxito Nur Mir de la cantante de rap alemana Sabrina Setlur. Tras un largo periplo judicial, el Bundesgerichtshof le había dado la razón juzgando que el artículo 24 de la ley sobre el derecho de autor (antes evocado) sobre la "libre utilización" podía ser transpuesto al derecho afín del productor de fonogramas reconocido por el artículo 85.1, pero que este artículo no podía aquí legitimar la copia desde el momento en que el demandado no había demostrado la imposibilidad de producir él mismo la secuencia sonora en litigio<sup>62</sup>. Esta condena del "muestreo" (sampling) convergía con la posición muy restrictiva adoptada por el 6º Circuito del Tribunal de apelación de Estados Unidos en el pleito Bridgeport Music<sup>63</sup>. Pero el Tribunal Constitucional la pone de nuevo en causa al criticar al Bundesgerichtshof por no haber tratado de establecer un equilibrio (Gleichgewicht) entre el derecho afín del productor y la libertad de creación garantizada por el artículo 5.3 de la ley fundamental (Grundgesetz)<sup>64</sup>, afirmando en particular que el muestreo es un modo de creación legítimo en el campo de la música "hip-hop" y que, por consiguiente, conviene no ponerle trabas obligando sistemáticamente al creador de la obra derivada a solicitar licencias que pueden costar muy caras y que el titular del derecho puede, en cualquier caso, negarse a otorgar<sup>65</sup>. Y precisa que no hay que tener en cuenta, en la búsqueda de ese equilibrio necesario, la posibilidad técnica de reconstituir los sonidos copiados, que es un criterio no pertinente, sino que hay que considerar el carácter eventualmente marginal de lo copiado, tanto a nivel cuantitativo como a nivel cualitativo, y su impacto económico. El Bundesgerichtshof tendrá pues que interpretar, según él, el artículo 85 de la ley alemana sobre el derecho*

son morceau *Metall auf Metall* créé en 1977, pour en faire une boucle musicale et l'inclure dans le tube *Nur Mir* de la rappeuse allemande Sabrina Setlur. Après de longues péripéties judiciaires, le Bundesgerichtshof lui avait donné raison en jugeant que l'article 24 de la loi sur le droit d'auteur (évoqué plus haut) sur la "libre utilisation" était transposable au droit voisin du producteur de phonogramme reconnu par l'article 85.1, mais que cet article ne pouvait ici légitimer l'emprunt dès lors que le défendeur n'avait pas établi l'impossibilité de produire lui-même la séquence sonore litigieuse<sup>62</sup>. Cette condamnation de l'"échantillonnage" (*sampling*) rejoignait la position très restrictive adoptée par le 6<sup>e</sup> circuit de la Cour d'appel des États-Unis dans l'affaire *Bridgeport Music*<sup>63</sup>. Mais elle est remise en cause par la Cour constitutionnelle qui désavoue le Bundesgerichtshof en lui reprochant de ne pas avoir recherché à établir un équilibre (*Gleichgewicht*) entre le droit voisin du producteur et la liberté de création garantie par l'article 5.3 de la loi fondamentale (*Grundgesetz*)<sup>64</sup>, affirmant notamment que l'échantillonnage est un mode de création légitime dans le domaine du "*bip-hop*" et qu'il convient, par conséquent, de ne pas le brider en obligeant systématiquement le créateur de l'œuvre dérivée à solliciter des licences qui peuvent coûter très cher et que le titulaire du droit peut, en toute hypothèse, refuser de concéder<sup>65</sup>. Et de préciser qu'il n'y a pas à tenir compte, dans la recherche de ce nécessaire équilibre, de la possibilité technique de reconstituer les sons empruntés, critère non pertinent, mais qu'il faut considérer le caractère éventuellement marginal de l'emprunt, tant sur le

including, if necessary, by referring questions to the EU Court of Justice.

The decision is of great practical significance in that it lends legitimacy to a practice long regarded as theft. In this respect, one cannot fail to draw a parallel between it and the one delivered two days later by the U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit which dismissed the claim of a producer who accused Madonna of infringing the copyright in a recording from which a few seconds had been sampled, holding that the amount taken was so tiny that it was covered by the *de minimis non curat lex* rule, making it unnecessary to determine whether it constituted fair use.<sup>66</sup> However, above and beyond the outcome of sampling in relation to the producer's related right, there are many other "transformative" uses (for example, remixes, mashups or even fanfictions) which, based on the logic of the Constitutional Court's reasoning, could fall outside the exclusive right of both authors and holders of related rights. Whatever the case, the proportionality test that the courts are thus required to conduct is consistent with the solutions adopted by the French and Dutch supreme courts and by the European Court of Human Rights.

*de autor a la luz de esas líneas directrices, y, para los actos posteriores a la entrada en vigor de la directiva 2001/29, referirse al derecho de la Unión, inclusive, llegado el caso, interrogando al Tribunal de Justicia.*

*La sentencia es de gran importancia práctica ya que tiende a legitimar una práctica que se consideró durante mucho tiempo como un robo. Es difícil evitar compararla, a este respecto, con la dictada, dos días después por el 9º Circuito del Tribunal de apelación de Estados Unidos, desestimando la demanda de un productor que acusaba a Madonna de haber vulnerado el copyright sobre un fonograma del que se habían muestreado unos segundos, considerando que la copia era tan ínfima que estaba cubierta por la regla de minimis non curat lex, lo que hacía inútil determinar si constituía un fair use<sup>66</sup>. Pero, por encima de la suerte del muestreo desde el punto de vista del derecho afín del productor, son de hecho otras utilizaciones "transformativas" (por ejemplo el "remix" o el "mashup", o basta las "fanfictions") las que podrían, en la lógica del razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional, escapar al derecho exclusivo tanto de los autores como de los titulares de derechos afines. En cualquier caso, el control de proporcionalidad así impuesto al juez se inscribe en la línea de las soluciones adoptadas por los Tribunales Supremos francés y holandés así como por el Tribunal europeo de derechos humanos.*

plan quantitatif que sur le plan qualitatif, et son impact économique. Le Bundesgerichtshof aura donc, selon elle, à interpréter l'article 85 de la loi allemande sur le droit d'auteur à la lumière de ces lignes directrices, et, pour les actes d'exploitation postérieurs à l'entrée en vigueur de la directive 2001/29, à se tourner vers le droit de l'Union, y compris, le cas échéant, en interrogeant la Cour de justice.

La décision est d'une grande importance pratique en ce qu'elle tend à légitimer une pratique longtemps regardée comme un vol. On ne peut s'empêcher, à cet égard, de la rapprocher de celle rendue, deux jours plus tard par le 9<sup>e</sup> circuit de la Cour d'appel des États-Unis, déboutant un producteur qui accusait Madonna d'avoir violé le *copyright* sur un phonogramme dont quelques secondes avaient été échantillonnées, en considérant que la reprise était tellement infime qu'elle était couverte par la règle *de minimis non curat lex*, ce qui rendait inutile de déterminer si elle constituait un *fair use*<sup>66</sup>. Mais, au-delà du sort de l'échantillonnage au regard du droit voisin du producteur, ce sont bien d'autres usages "transformatifs" (par exemple le "remix" ou le "mashup", voire les "fanfictions") qui pourraient, dans la logique du raisonnement mené par la Cour constitutionnelle, échapper au droit exclusif aussi bien des auteurs que des titulaires de droits voisins. En tout cas, le contrôle de proportionnalité ainsi imposé au juge s'inscrit dans le droit-fil des solutions adoptées par les cours de cassation française et néerlandaise ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme.

Nevertheless, it is doubtless premature to announce that the controversy has been extinguished. In a recent decision,<sup>67</sup> the Court of Appeal of Paris gave the impression that it continued to have the reservations that the Court of Cassation had itself expressed in its ruling from 2003 in the *Utrillo* case. In an infringement suit brought by Serge Prokofiev's heirs, the author of a musical work claimed in her defence that she had "simply used her freedom of inspiration" and that the search for a fair balance between the rights involved should lead to that freedom being given primacy over the Russian composer's copyright. She failed to convince the Court which found that she did "not develop any argumentation that would enable the Court to take a concrete stand on the balance of the competing rights involved" and noted in passing that "the author's statutory monopoly in his work is incorporeal property, which is guaranteed as the right of any natural or legal person to the peaceful enjoyment of that person's possessions and which the law subjects to proportionate limits", an *obiter dictum* which it is tempting to interpret in favour of the idea that the "fair balance" sought is already guaranteed by the law.

Another decision that deserves to be cited is that of the Swedish Supreme Court in the *Wikimedia* case<sup>68</sup> on the scope of the so-called panorama exception contained in article 24 of the copyright law of 1960. As is well known, this exception, which Member States may include in their laws under article 5(3)(h) of Directive 2001/29,<sup>69</sup> was hotly debated in 2015 in the European Parliament which opted in the end for the *status quo*.<sup>70</sup> The controversy has continued in France where the joint committee of the two houses of

*Sin duda es sin embargo prematuro anunciar la extinción de la controversia. En una sentencia reciente<sup>67</sup>, el Tribunal de apelación de París ha dado la impresión de persistir en la reticencia que había expresado el propio Tribunal Supremo en 2003 en la sentencia Utrillo. Atacado por plagio por los herederos de Serge Prokofiev, el autor de una obra musical alegaba que había "usado simplemente su libertad de inspiración" y que la búsqueda de un equilibrio justo entre los derechos en presencia debía llevar a hacer prevalecer esta libertad sobre el derecho de autor del compositor ruso. Esto no es admitido por el Tribunal que constata que "no se desarrolla ningún argumento que permita al tribunal pronunciarse de forma concreta sobre el balance de los derechos contrarios en presencia" y que observa de paso que "el monopolio legal del autor sobre su obra es una propiedad incorpórea, garantizada a título del derecho de toda persona física o moral al respeto de sus bienes, a la que el legislador aporta límites proporcionados", obiter dictum que es tentador interpretar en favor de la idea de que el "justo equilibrio" buscado ya está garantizado por la ley.*

*Merece también ser citada la sentencia del Tribunal Supremo sueco en el pleito Wikimedia<sup>68</sup>, en el que estaba en juego el alcance de la excepción denominada de panorama contenida en el artículo 24 de la ley de 1960 sobre el derecho de autor. Esta excepción, que el artículo 5.3 h) de la directiva 2001/29 autoriza a los Estados miembros a integrar en su legislación<sup>69</sup>, ha dado lugar en 2015, como es sabido, a vivos debates en el seno del Parlamento europeo, que finalmente ha optado por el*

Sans doute est-il pour autant prématuré d'annoncer l'extinction de la controverse. Dans un arrêt récent<sup>67</sup>, la Cour d'appel de Paris a donné l'impression de persister dans la réticence qu'avait elle-même exprimée la Cour de cassation en 2003 dans l'arrêt *Utrillo*. Assignée en contrefaçon par les héritiers de Serge Prokofiev, l'auteur d'une œuvre musicale faisait valoir qu'elle avait "simplement usé de sa liberté d'inspiration" et que la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence devait conduire à faire prévaloir cette liberté sur le droit d'auteur du compositeur russe. Elle n'est pas suivie par la cour qui constate qu'elle "ne développe aucune argumentation permettant à la cour de se prononcer de façon concrète sur la mise en balance des droits concurrents en présence" et qui relève au passage que "le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou moral au respect de ses biens, à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées", *obiter dictum* qu'il est tentant d'interpréter en faveur de l'idée que le "juste équilibre" recherché est déjà garanti par la loi.

Mérite également d'être citée la décision de la Cour suprême suédoise dans l'affaire *Wikimedia*<sup>68</sup>, où était en jeu la portée de l'exception dite de panorama contenue dans l'article 24 de la loi de 1960 sur le droit d'auteur. Cette exception, que l'article 5.3 h) de la directive 2001/29 autorise les Etats membres à intégrer dans leur législation<sup>69</sup>, a, on le sait, donné lieu en 2015 à de vifs débats au sein du Parlement européen, qui a finalement opté pour le statu quo<sup>70</sup>. La controverse s'est

parliament, tasked to propose a text on the provisions still under discussion in the bill for a digital Republic, agreed at its meeting on 29 June 2016 to add a paragraph to article L. 122-5 of the Intellectual Property Code exempting from the exclusive right only “[r]eproductions and representations of architectural works and sculptures permanently located on public thoroughfares made by private individuals, excluding any directly or indirectly commercial use”. The committee’s text was passed by the National Assembly on 20 July and will be submitted to the Senate on 27 September. The Swedish law, for its part, provides that works of art may be depicted (represented in pictorial form) if they are permanently located outdoors in a public place.<sup>71</sup>

The dispute in this case involved the collecting society managing the rights in works of visual art (*Bildupphovsrätt i Sverige* or BUS) and the local branch of the U.S. foundation Wikimedia which made available online a collective database of works of art located in public places in Sweden on the website [www.offentligkonst.se](http://www.offentligkonst.se). This database, which received input from Internet users, was freely and openly accessible to the public, to educational establishments and to the tourist industry. Wikimedia claimed that posting the images online was covered by article 24 as it had to be interpreted in the light of article 5(3)(h) of Directive 2001/29 referred to above and also in the light of Swedish law permitting the reproduction on postcards of works located in public places. The claim was rejected by the Supreme Court. The latter kept to a strict interpretation of the concept of depiction used in the Swedish law,<sup>72</sup> basing its analysis in particular on the three-step test and arguing that, unlike postcards, the use

statu quo<sup>70</sup> *La controversia se ha prolongado en Francia, donde la Comisión mixta paritaria encargada de proponer un texto sobre las disposiciones que quedan por discutir del proyecto de ley para una República digital, reunida el 29 de junio de 2016, ha llegado a un acuerdo para añadir al artículo L. 122-5 del Código de la propiedad intelectual un párrafo que deja solo fuera del derecho exclusivo “las reproducciones y representaciones de obras arquitectónicas y de esculturas, situadas en permanencia en la vía pública, realizadas por personas físicas, con exclusión de cualquier otra utilización de carácter directa o indirectamente comercial”. La ley sueca, por su lado, prevé que las obras de arte pueden ser representadas en forma de imágenes si están situadas de forma permanente al aire libre en lugares públicos<sup>71</sup>.*

*En este caso, el litigio oponía a la sociedad que administra los derechos sobre las obras de artes visuales (Bildupphovsrätt i Sverige o BUS) con la rama local de la fundación americana Wikimedia, que ponía en línea en el sitio [www.offentligkonst.se](http://www.offentligkonst.se) una base de datos colectiva de las obras de arte situadas en lugares públicos en Suecia. Esta base, alimentada por los internautas, era accesible libre y gratuitamente para el público, los establecimientos docentes y los profesionales del turismo. Wikimedia afirmaba que la puesta en línea de las imágenes estaba cubierta por el artículo 24, tal como debería interpretarse a la luz del artículo 5.3 b) antes citado de la directiva 2001/29, y a la luz también del derecho sueco que admite la reproducción en tarjetas postales de las obras situadas en lugares públicos. La tesis es rechazada por el Tribunal Supremo. Este se atiene a una interpretación estricta del concepto de*

poursuivie en France, où la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi pour une République numérique, réunie le 29 juin 2016, a trouvé un accord pour ajouter à l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle un alinéa faisant seulement échapper au droit exclusif "(1) es reproductions et représentations d'oeuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère directement ou indirectement commercial". Le texte issu de cette commission a été voté par l'Assemblée nationale le 20 juillet et sera soumis au Sénat le 27 septembre. La loi suédoise, quant à elle, prévoit que les œuvres d'art peuvent être représentées sous forme d'images si elles sont situées de manière permanente en plein air dans des lieux publics<sup>71</sup>.

En l'espèce, le litige opposait la société gérant les droits sur les œuvres des arts visuels (Bildupphovsrätt i Sverige ou BUS) à la branche locale de la fondation américaine Wikimedia, qui mettait en ligne sur le site [www.offentligkonst.se](http://www.offentligkonst.se) une base de données collective des œuvres d'art placées dans un lieu public en Suède. Cette base, alimentée par les internautes, était librement et gratuitement accessible au public, aux établissements d'enseignement et aux professionnels du tourisme. Wikimedia soutenait que la mise en ligne des images était couverte par l'article 24, tel qu'il devait être interprété à la lumière de l'article 5.3 h) précité de la directive 2001/29, et à la lumière aussi du droit suédois qui admet la reproduction sur des cartes postales des œuvres situées



of works through a database available online had a real economic dimension (“is typically not of insignificant commercial value”) both for the operator of the database and for the Internet user accessing it in conjunction with the offer of other services, for example through links. Moreover, the Court made it clear in this regard that the fact that the operator of the database had a non-commercial purpose itself was irrelevant. Although it received a cool reception on the social networks, the distinction made here between the analogue environment and the digital one is persuasive. Indeed, even if the difference is only one of degree rather than nature, it cannot fail to impact on the compass of the exception, although it obviously could not lead to an outright prohibition of any digital transmission of the works in question between individuals. Moreover, the distinction is already taken into account by the Swedish law which requires the exclusive right to yield when works of art are reproduced in catalogues, but with the express exclusion of digital formats.<sup>73</sup>

What is noteworthy at any rate is that the ruling is not in line with the trend in case law favouring a proportionality test. Indeed, the Supreme Court takes great care to stress that copyright is one of the fundamental rights guaranteed by the Swedish Constitution<sup>74</sup> and at no point does it consider balancing it against any public right to information. By remaining inflexible on the need for what it describes as a restrictive interpretation of exceptions and without dwelling on the objection that Directive 2001/29 might perhaps preclude

*representación utilizado por la ley sueca<sup>72</sup>, basándose en particular en el triple test y haciendo valer que, a diferencia de las tarjetas postales, la utilización de las obras a través de una base de datos puesta en línea tiene una real dimensión económica (“is typically not of insignificant commercial value”), tanto para el operador de la base como para el internauta que accede a ella en conexión con la oferta de otros servicios, por ejemplo a través de hiperlazos. Precisa a este respecto que es indiferente que el operador no persiga un fin comercial. A pesar de la fresca acogida en las redes sociales, la distinción así realizada entre lo analógico y lo digital puede ser convincente. En efecto, aunque no sea sino de grado y no de naturaleza, esa diferencia no puede dejar de tener consecuencias sobre el perímetro de la excepción, entendiéndose que eso no podría, claro está, llevar a prohibir toda transmisión digital de las obras en causa entre particulares. De hecho, ya está tomada en cuenta en la ley sueca que hace ceder el derecho exclusivo para las reproducciones de obras de arte en catálogos, pero reservando expresamente el caso del formato digital<sup>73</sup>.*

*Lo que en cualquier caso debe retener nuestra atención es que la sentencia no está en fase con la corriente de jurisprudencia partidaria de un control de proporcionalidad. El Tribunal Supremo, en efecto, tiene buen cuidado de observar que el derecho de autor se cuenta entre los derechos fundamentales garantizados por la Constitución sueca<sup>74</sup>, y no contempla en ningún momento confrontarlo a la información. Manteniendo el rumbo*

dans des lieux publics. La thèse est rejetée par la Cour suprême. Celle-ci s'en tient à une interprétation stricte du concept de représentation utilisé par la loi suédoise<sup>72</sup>, en se fondant notamment sur le triple test et en faisant valoir que, à la différence des cartes postales, l'utilisation des œuvres à travers une base de données mise en ligne a une réelle dimension économique ("is typically not of insignificant commercial value"), aussi bien pour l'opérateur de la base que pour l'internaute qui y accède en liaison avec l'offre d'autres services, par exemple en cliquant sur des hyperliens. Et elle précise qu'à cet égard, il est indifférent que l'opérateur poursuive lui-même un but non commercial. Bien qu'elle ait été fraîchement accueillie sur les réseaux sociaux, la distinction ainsi faite entre l'analogique et le numérique peut emporter la conviction. En effet, même si elle n'est que de degré et non de nature, la différence ne peut rester sans incidence sur le périmètre de l'exception, étant entendu qu'elle ne saurait, bien sûr, conduire à prohiber toute transmission numérique des œuvres en cause entre particuliers. Au demeurant, elle est déjà prise en compte par la loi suédoise qui fait céder le droit exclusif pour les reproductions d'œuvres d'art dans des catalogues, mais en réservant expressément l'hypothèse du format numérique<sup>73</sup>.

Ce qui, en tout cas, doit retenir l'attention est que l'arrêt n'est pas en phase avec le courant de jurisprudence tenant pour un contrôle de proportionnalité. La Cour suprême, en effet, prend bien soin de relever que le droit d'auteur compte parmi les droits fondamentaux garantis par la Constitution suédoise<sup>74</sup>, et elle n'envisage à aucun moment de le

such a minimalist implementation of the exception provided for in article 5(3)(h), the Court clearly shows that it intends to keep the author at the centre of the system.

We now look forward to receiving an oracle from the Court of Justice of the European Union to bring order to this troubled landscape. It is true that it is tempting to minimize the suspense by pointing out that, in the *Promusicae* ruling,<sup>75</sup> the Court already urged the Member States' courts not to interpret the directives implemented in their national laws in a way that "would be in conflict" with the "fundamental rights protected by the Community legal order".<sup>76</sup> However, on the basis of this very general recommendation, it is not possible to predict that the Court will validate the theory of the "*in concreto*" proportionality test as adopted by the Dutch and French Supreme Courts in 2015.<sup>77</sup> At any rate, the ruling in the *Laserdisken* case<sup>78</sup> does not militate in favour of such an approach. In this case, article 10(2) ECHR was pleaded against the rule prohibiting international exhaustion of the distribution right on the ground that such prohibition had the effect of depriving EU citizens of their right to receive information. This plea was dismissed by the Court of Justice which held that the restriction was "justified in the light of the need to protect intellectual property rights, including copyright, which form part of the right to property",<sup>79</sup> a very brief statement that is hard to interpret as favouring a proportionality test on a case-by-case basis.

*sobre la necesidad de una interpretación de las excepciones, que ella presenta como forzosamente restrictiva, y sin detenerse a la objeción de que la directiva 2001/29 podría quizás oponerse a esta transposición minimalista de la excepción prevista en el artículo 5.3 b), muestra claramente que desea conservar al autor en el centro del dispositivo.*

*Se espera ahora con interés, para poner orden en este paisaje atormentado, un oráculo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es cierto que es tentador minimizar el suspense observando que este ha invitado ya, en la sentencia Promusicae<sup>75</sup>, a las jurisdicciones de los Estados miembros a no interpretar las directivas transpuestas en su derecho nacional de una forma que "entraría en conflicto" con "los derechos fundamentales protegidos por el orden jurídico comunitario"<sup>76</sup>. Pero esta recomendación de carácter muy general no permite predecir que el Tribunal validará la tesis del test de proporcionalidad in concreto adoptada por las altas jurisdicciones holandesa y francesa en 2015<sup>77</sup>. La sentencia Laserdisken<sup>78</sup>, en todo caso, no milita en favor de tal punto de vista. En este caso, el artículo 10.2 CEDH se oponía a la prohibición del agotamiento internacional del derecho de distribución, porque esta prohibición llevaba a privar a los ciudadanos de la Unión de su derecho a recibir informaciones, y el Tribunal la descartó afirmando que la restricción "estaba justificada con respecto a la necesidad de proteger los derechos de propiedad intelectual, tales como el derecho de autor, que forman parte del derecho de propiedad"<sup>79</sup>, una motivación bastante sumaria que puede difícilmente ser*

confronter à un quelconque droit du public à l'information. En maintenant le cap sur la nécessité d'une interprétation des exceptions qu'elle présente elle-même comme devant être restrictive, et sans s'arrêter à l'objection que la directive 2001/29 pourrait peut-être faire obstacle à cette transposition minimaliste de l'exception prévue à l'article 5.3 h), elle montre clairement qu'elle entend garder l'auteur au centre du dispositif.

On attend maintenant avec intérêt, pour mettre de l'ordre dans ce paysage tourmenté, un oracle de la Cour de justice de l'Union européenne. Il est tentant, il est vrai, de minimiser le suspense en constatant que celle-ci a, dans l'arrêt *Promusicae*<sup>75</sup>, déjà invité les juridictions des États membres à ne pas interpréter les directives transposées dans leur droit national d'une manière qui "entrerait en conflit" avec "les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire"<sup>76</sup>. Mais cette recommandation de caractère très général ne permet pas de prédire que la Cour validera la thèse du test de proportionnalité *in concreto* adoptée par les hautes juridictions néerlandaise et française en 2015<sup>77</sup>. L'arrêt *Laserdisken*<sup>78</sup>, en tout cas, ne milite pas en faveur d'une telle approche. Dans cette affaire, l'article 10.2 CEDH était opposé à l'interdiction de l'épuisement international du droit de distribution, au motif que cette interdiction aboutissait à priver les citoyens de l'Union de leur droit de recevoir des informations, et la Cour l'a écarté en affirmant que la restriction était "justifiée au regard de la

*interpretada en favor de un control de proporcionalidad caso por caso.*

With regard to the exceptions to copyright, the Court will undoubtedly address the implications of such a radical solution, which would amount in fact to the covert creation of a sort of European fair use ignoring the stated principle in EU law of an exhaustive list of exceptions subject to strict interpretation. In this respect, the precedent in the *Promusicae* case is not significant because, in that case, copyright was pitted against the right to privacy and no indication was given in EU law on how to go about reconciling these two fundamental rights,<sup>80</sup> whereas the conflict between copyright and freedom of expression is already resolved by Directive 2001/29 on the information society, the third recital of which states that “[t]he proposed harmonisation will help to implement the four freedoms of the internal market and relates to compliance with the fundamental principles of law and especially of property, including intellectual property, and freedom of expression and the public interest”, which, as the Court of Appeal of Brussels rightly noted,<sup>81</sup> shows that “[t]he European legislature has taken fundamental freedoms into due consideration”.<sup>82</sup>

Moreover, the Court could take that path only if it provided guidance on the criteria to be applied in assessing this European-style fair use. One can well imagine that the first and fourth factors – discussed earlier – set out in the U.S. law

*Tratándose de las excepciones al derecho de autor, el Tribunal no dejará de interrogarse sobre el alcance de una solución tan radical que equivaldría de hecho a crear subrepticamente una especie de fair use europeo, que desprendería el principio, inscrito en el derecho de la Unión, de una lista limitativa de excepciones sujetas a interpretación estricta. Desde ese punto de vista, el precedente de la sentencia Promusicae no es significativo ya que en este caso el derecho de autor entraba en competición con el derecho al respeto de la vida privada, y nada en el derecho de la Unión indicaba cómo organizar la conciliación entre esos dos derechos fundamentales<sup>80</sup>; mientras que el conflicto entre derecho de autor y libertad de expresión está ya arbitrado por la directiva 2001/29 sobre la sociedad de la información, cuyo tercer considerando enuncia que “(la) armonización proyectada contribuirá a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior y concierne el respeto de los principios fundamentales del derecho y en particular de la propiedad intelectual y de la libertad de expresión y del interés general”, lo que demuestra, como ha observado con razón el Tribunal de apelación de Bruselas<sup>81</sup>, que “el legislador europeo ha tenido efectivamente en cuenta las libertades fundamentales”<sup>82</sup>.*

*Además, el Tribunal solo podría emprender ese camino con la condición de aportar precisiones sobre los criterios susceptibles de ser aplicados en la apreciación de ese fair use. Se puede imaginar fácilmente que los criterios*

nécessité de protéger les droits de propriété intellectuelle, tels que le droit d'auteur, qui font partie du droit de propriété<sup>79</sup>, motivation bien sommaire qui peut difficilement être interprétée en faveur d'un contrôle de proportionnalité au cas par cas.

S'agissant des exceptions au droit d'auteur, la Cour ne manquera pas de s'interroger sur la portée d'une solution aussi radicale qui reviendrait bel et bien à créer subrepticement une sorte de *fair use* européen, lequel ferait bon marché du principe, affiché en droit de l'Union, d'une liste limitative d'exceptions sujettes à interprétation stricte. De ce point de vue, le précédent de l'arrêt *Promusicae* n'est pas significatif car dans cette affaire le droit d'auteur était mis en concurrence avec le droit au respect de la vie privée, et rien dans le droit de l'Union n'indiquait comment organiser la conciliation entre ces deux droits fondamentaux<sup>80</sup>, alors que le conflit entre droit d'auteur et la liberté d'expression est déjà arbitré par la directive 2001/29 sur la société de l'information, dont le 3<sup>e</sup> considérant énonce que "(l)'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété intellectuelle et de la liberté d'expression et de l'intérêt général", ce qui atteste, comme l'a relevé à juste titre la Cour d'appel de Bruxelles<sup>81</sup>, que "(l)e législateur européen a bien pris en considération les libertés fondamentales"<sup>82</sup>.

Au demeurant, la Cour ne pourrait s'engager dans cette voie qu'à

will come up for analysis. It can be noted in this regard that the European Court of Human Rights specifically referred to the commercial character of the use both in the *Ashby Donald* case, where it found<sup>83</sup> that the photographs at issue had been published on a website notably for the purpose of selling them or of providing access to them for a fee, so that “the applicants’ intention was thus primarily commercial”, a circumstance that increases the degree of discretion open to States when regulating freedom of expression, and in the *Pirate Bay* case, where the Court took care to note that the Swedish courts had come to the same finding with regard to the activities of the founders of the website.

Other criteria relating specifically to fundamental rights will also have to be considered. For example, in the two rulings mentioned above, the European Court recalled its case law to the effect that freedom of expression is particularly important when it serves the purpose of political debate and, in the *Ashby Donald* case,<sup>84</sup> it stressed that States’ margin of appreciation “must be considered relative when what is at issue is not a particular individual’s strictly ‘commercial’ speech but rather that individual’s participation in a debate involving the public interest”.<sup>85</sup> In the *Klasen* case that gave rise to a decision of the French Court of Cassation,<sup>86</sup> the appeal for review seized upon this case law to claim that the proportionality of copyright’s interference with freedom of expression had to be assessed in the light of the “nature of the message at issue” and, in this particular case, in the light of the fact that the person found liable was

*primero y cuarto enunciados por el legislador americano, analizados antes, se pondrán encima de la mesa. Se observará a este respecto que el carácter comercial de la utilización está considerado especialmente por el Tribunal europeo de los derechos humanos tanto en el pleito Ashby, donde constata<sup>83</sup> que las fotografías en causa han sido publicadas en un sitio Internet, con objeto en particular de venderlas o de facilitar el acceso a ellas contra remuneración, de suerte que “la actuación de los requirentes era ante todo comercial”, circunstancia que aumenta el margen de apreciación de los Estados cuando reglamentan la libertad de expresión, como en el pleito Pirate Bay, donde tiene buen cuidado de notar que los jueces suecos habían hecho la misma constatación en lo relativo a la actividad de los fundadores del sitio.*

*Habrá también que considerar otros criterios propios de los derechos fundamentales. Así, en las dos sentencias antes citadas, el Tribunal Europeo recuerda su jurisprudencia según la cual la libertad de expresión es particularmente imperiosa cuando está puesta al servicio del debate político, y en la sentencia Ashby<sup>84</sup>, precisa que el margen de apreciación de los Estados “debe ser relativizado cuando está en juego no la expresión estrictamente ‘comercial’ de tal individuo sino su participación en un debate que afecta al interés general”<sup>85</sup>. En el pleito Klasen, juzgado por el Tribunal Supremo francés<sup>86</sup>, el recurso se apropiaba esta jurisprudencia para afirmar que la proporcionalidad del perjuicio a la libertad de expresión por el derecho de autor debía apreciarse con respecto a la “índole del mensaje en causa” y, en ese caso, del hecho de que la condena se*

la condition d'apporter des précisions sur les critères susceptibles d'être mis en œuvre dans l'appréciation de ce *fair use*. On peut facilement imaginer que les premier et quatrième critères énoncés par le législateur américain, analysés ci-dessus, seront mis sur le tapis. On notera à cet égard que le caractère commercial de l'usage est spécialement visé par la Cour européenne des droits de l'homme aussi bien dans l'affaire *Asbby*, où elle constate<sup>83</sup> que les photographies litigieuses ont été publiées sur un site Internet, dans le but notamment de les vendre ou d'y donner accès contre rémunération, en sorte que "la démarche des requérants était donc avant tout commerciale", circonstance qui augmente la marge d'appréciation des Etats lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression, que dans l'affaire *Pirate Bay*, où elle prend soin de noter que les juges suédois avaient fait le même constat pour ce qui concernait l'activité des fondateurs du site.

D'autres critères propres aux droits fondamentaux devront également être considérés. Ainsi, dans les deux arrêts précités, la Cour européenne rappelle sa jurisprudence selon laquelle la liberté d'expression est particulièrement impérieuse lorsqu'elle est mise au service du débat politique, et dans l'arrêt *Asbby*<sup>84</sup>, elle précise que la marge d'appréciation des Etats "doit être relativisée lorsqu'est en jeu non l'expression strictement "commerciale" de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général"<sup>85</sup>. Dans l'affaire *Klasen*, jugée par la Cour de cassation française<sup>86</sup>, le pourvoi s'emparait de cette jurisprudence pour soutenir que la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression par



an author (a well-known figure in the “narrative figuration” movement) “whose artistic approach sought to provoke reflection of a social nature” by denouncing the consumer society. Does this mean that, to escape the allegation of infringement, the author of the second work will have to substantiate the existence of a “message”? As we saw in the *Cariou v. Prince* case discussed earlier, the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit had replied in the negative. But it will then be for the courts to take a stand, with the risk that they have to play the role of art critics, a role that does not normally come within their remit and has never been accepted to date in the field of copyright.

However, as in U.S. law within the context of fair use, the list of criteria is not limitative. Indeed, the European Court of Human Rights does not hesitate to recommend that courts take account of all the factual elements that may have an influence on the proportionality to be sought. For example, it states in the *Pirate Bay* case that “the Court must take into account various factors, such as the nature of the competing interests involved and the degree to which those interests require protection in the circumstances of the case”. It is possible to speculate endlessly on the factors that may impact the determination. For example, should the competing interests be weighed by comparing the second work’s creativity with that of the first work? Yet this would be contrary to the principle that literary and artistic property rights are granted regardless of the work’s merit.<sup>87</sup>

*pronunciaba contra un autor (figura conocida de un movimiento artístico denominado Figura narrativa) “cuya actuación artística apuntaba a suscitar una reflexión de orden social” a través de una denuncia de la sociedad de consumo. ¿Quiere esto decir que el autor de la obra segunda deberá, para escapar al reproche de plagio, justificar la existencia de un “mensaje”? Se ha visto en el pleito *Cairou v. Prince*, antes evocado, que el 2º Circuito del Tribunal de apelación de Estados Unidos había respondido negativamente. Pero entonces le corresponderá al juez tomar partido, con el riesgo de tener que desempeñar el papel de un crítico de arte, lo que no entra normalmente en su misión y no ha sido admitido nunca hasta ahora en el campo del derecho de autor.*

*La lista de los criterios, sin embargo, no es limitativa, como tampoco lo es en derecho americano en el marco del fair use. El Tribunal de Estrasburgo no duda, en efecto, en recomendar a los jueces que tomen en cuenta todos los elementos de hecho susceptibles de tener influencia sobre la proporcionalidad buscada. Así, en el pleito *Pirate Bay*, afirma que “the Court must take into account various factors, such as the nature of the competing interests involved and the degree to which those interests require protection in the circumstances of the case”. Nos perdemos en conjeturas sobre esos factores susceptibles de influenciar el arbitraje. ¿Habrá, por ejemplo, que pesar los intereses en presencia comparando la creatividad de la obra segunda con respecto a la de la obra primera? Pero eso sería contrario al principio según el cual el derecho de autor se adquiere sin consideración del mérito de la obra<sup>87</sup>.*

le droit d'auteur devait être appréciée au regard de la "nature du message en cause", et, en l'espèce, du fait que la condamnation était prononcée à l'encontre d'un auteur (figure connue d'un mouvement artistique dénommé *Figure narrative*) "dont la démarche artistique visait à susciter une réflexion d'ordre social" à travers une dénonciation de la société de consommation. Est-ce à dire que l'auteur de l'œuvre seconde devra, pour échapper au grief de contrefaçon, justifier de l'existence d'un "message"? On a vu que dans l'affaire *Cariou v. Prince*, évoquée plus haut, le 2<sup>e</sup> circuit de la Cour d'appel des États-Unis avait répondu par la négative. Mais c'est alors au juge qu'il reviendra de prendre parti, au risque d'avoir à jouer le rôle d'un critique d'art, ce qui n'entre pas normalement dans sa mission et n'a jamais été admis jusqu'à présent dans le domaine du droit d'auteur.

La liste des critères, toutefois, n'est pas limitative, pas plus qu'elle ne l'est en droit américain dans le cadre du *fair use*. La Cour de Strasbourg n'hésite pas, en effet, à recommander aux juges de prendre en compte tous les éléments de fait susceptibles d'exercer une influence sur la proportionnalité recherchée. Ainsi, dans l'affaire *Pirate Bay*, elle affirme que "the Court must take into account various factors, such as the nature of the competing interests involved and the degree to which those interests require protection in the circumstances of the case". On se perd en conjectures sur ces facteurs susceptibles d'influencer l'arbitrage. Faudra-t-il, par exemple, peser les intérêts en présence en comparant la créativité de l'œuvre seconde par rapport à celle de l'œuvre première?

The dangers of the proportionality test, which have already been exposed on a general level,<sup>88</sup> are apparent here. They are particularly formidable in the field of copyright because the diversity of interests that the courts have to weigh increases the need for subjective assessments, a situation which, in the European context, creates legal uncertainty that is harmful both for rightholders and for users of works.

Therefore, it cannot be ruled out that, when asked to rule on this issue, the Court of Justice of the European Union will prefer a minimalist approach in which the corrective of freedom of expression is restricted to exceptional cases such as, for example, when copyright is brandished in order to object to the dissemination of a message with a political undercurrent, suggesting that the law's trade-off between copyright and freedom of expression meets the stated concern to ensure a balance between these two fundamental rights. It is even imaginable that the Court will confine itself to reminding national courts of the need, in the name of effectiveness, to take freedom of expression into account when interpreting exceptions that are intended to safeguard it, such as the exceptions for quotation and parody, without being held back by the principle of strict interpretation.<sup>89</sup>

*Se ven aquí los peligros del control de proporcionalidad, que ya han sido denunciados en el plano general<sup>88</sup>, y que son tanto más temibles en el terreno del derecho de autor cuanto que la diversidad de los intereses cuyo peso se encomienda evaluar al juez multiplica las apreciaciones de orden subjetivo, lo que crea, en el contexto europeo, una inseguridad jurídica perjudicial tanto para los titulares de derechos como para los que explotan y utilizan las obras.*

*No se puede pues excluir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando se le someta este punto, prefiera un enfoque minimalista que consiste en reservar la corrección de la libertad a casos excepcionales, por ejemplo cuando el derecho de autor se alega para oponerse a la difusión de un mensaje de connotación política, lo que equivaldría a suponer que el arbitraje hecho por la ley entre el derecho de autor y la libertad de expresión responde a la preocupación expresada de equilibrio entre esos dos derechos fundamentales. Cabe incluso imaginar que se limite a recordar al juez nacional la necesidad, en nombre del efecto útil, de tener en cuenta la libertad de expresión en la interpretación de las excepciones destinadas a garantizar su protección, tales como las de cita o de parodia, sin dejarse detener por el principio de interpretación estricta<sup>89</sup>.*

Mais ce serait contraire au principe selon lequel le droit d'auteur est acquis sans égard au mérite de l'œuvre.<sup>87</sup>

On voit ici les dangers du contrôle de proportionnalité, qui ont déjà été dénoncés sur un plan général<sup>88</sup>, et qui sont d'autant plus redoutables sur le terrain du droit d'auteur que la diversité des intérêts qu'on confie au juge le soin de peser multiplie les appréciations d'ordre subjectif, ce qui crée, dans le contexte européen, une insécurité juridique préjudiciable aussi bien aux titulaires de droits qu'aux exploitants et aux utilisateurs d'œuvres.

On ne peut donc exclure que la Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'elle sera saisie sur ce point, préfère une approche minimaliste consistant à réserver le correctif de la liberté d'expression à des cas exceptionnels, par exemple lorsque le droit d'auteur est brandi pour s'opposer à la diffusion d'un message à connotation politique, ce qui reviendrait à présumer que l'arbitrage fait par la loi entre le droit d'auteur et la liberté d'expression répond au souci affiché d'équilibre entre ces deux droits fondamentaux. On peut même imaginer qu'elle se borne à rappeler au juge national la nécessité, au nom de l'effet utile, de tenir compte de la liberté d'expression dans l'interprétation des exceptions destinées à en assurer la sauvegarde, telles que celle de citation ou de parodie, sans se laisser arrêter par le principe de l'interprétation stricte<sup>89</sup>.

**III – COPYRIGHT AND FREEDOM  
OF ACCESS TO INFORMATION**

**A – U.S. Law**

We have seen that the assessment of the transformative character of a use in U.S. case law has evolved from the original context implying the creation of a transformative *work* towards a far broader approach including a mere transformative *purpose*. From this perspective, even the use of a work in full may be justified on the ground that the user is targeting a different public and is not harming the first work's markets. However, the cases that we have considered so far involved a second work that included a second author's input, even if no commentary on the second author's part accompanied the first work's incorporation in the second one. By contrast, another trend in this case law vindicates users who are not authors and whose input is not a new work but a new form of dissemination. In this case, the analysis involves distinguishing between use of a work to exploit its expression and use of a work as an item of information.

This distinction was first articulated in a case involving a work – a biography of the band *The Grateful Dead* – in which posters advertising the band's concerts were reproduced in full, but in significantly reduced form, to show where and when the band had played. The Court of Appeals for the Second Circuit held that the use was a transformative fair use because the book had reproduced the images as

**III – DERECHO DE AUTOR Y  
LIBERTAD DE ACCESO A LA  
INFORMACIÓN**

**A – Derecho americano**

*Hemos visto que la apreciación por la jurisprudencia americana del carácter transformador de la utilización ha evolucionado del contexto original que implica la creación de una obra transformativa hacia un enfoque mucho más amplio que incluye la simple finalidad transformativa. En esta óptica, la copia incluso íntegra de una obra puede justificarse porque el autor apunta a otro público y no perjudica los mercados de la obra primera. Pero los casos que hemos estudiado hasta ahora ponían en causa una obra segunda que incluía la aportación de un autor segundo, aunque no acompañase su integración de la obra primera de comentario alguno. Por el contrario, otra corriente de esta jurisprudencia da la razón a los usuarios que no son autores y cuya aportación no es una nueva obra sino una nueva forma de difusión. En ese caso, el análisis pasa por la distinción entre la utilización de una obra para explotar su expresión y la utilización de la obra como elemento de información.*

*Inicialmente esta distinción se articuló en un caso en el que se trataba de una obra, una biografía del grupo The Grateful Dead, que retomaba íntegramente, pero en forma de viñetas, anuncios publicitarios de los conciertos dados por el grupo para mostrar dónde y cuándo había actuado el grupo. El Tribunal de apelación del segundo circuito decidió que la utilización era*

### **III – DROIT D'AUTEUR ET LIBERTÉ D'ACCÈS À L'INFORMATION**

#### **A – Droit américain**

Nous avons vu que l'appréciation par la jurisprudence américaine du caractère transformateur de l'utilisation a évolué du contexte original impliquant la création d'une *œuvre* transformative vers une approche beaucoup plus large incluant la simple *finalité* transformative. Dans cette optique, la reprise même intégrale d'une œuvre peut se justifier au motif que l'utilisateur cible un autre public et ne porte pas atteinte aux marchés de l'œuvre première. Mais les cas que nous avons étudiés jusqu'ici mettaient en cause une œuvre seconde qui comprenait l'apport d'un auteur second, même s'il n'accompagnait son intégration de l'œuvre première d'aucun commentaire. En revanche, un autre courant de cette jurisprudence donne raison aux utilisateurs qui ne sont pas auteurs et dont l'apport n'est pas une nouvelle œuvre mais une nouvelle forme de diffusion. En l'occurrence, l'analyse passe par la distinction entre l'utilisation d'une œuvre afin d'exploiter son expression et l'utilisation de l'œuvre en tant qu'élément d'information.

Au départ, cette distinction s'est articulée dans une affaire où il s'agissait d'une œuvre, une biographie du groupe *The Grateful Dead*, qui reprenait intégralement, mais en forme de vignettes, des affiches publicitaires des concerts donnés par le groupe afin de montrer où et

“historical artifacts” to document the concerts and not to exploit the posters’ aesthetic expression.<sup>90</sup> This distinction between the aesthetic and the documentary subsequently proved very useful in the context of new technological uses which did not produce new works but which exploited new means of disseminating other people’s works. Accordingly, the practice whereby search engines store images in full in order to index them and communicate them in thumbnail form has benefited from the “new documentary purpose” variant of the analysis of the transformative character of the use, as affirmed by the Court of Appeals for the Ninth Circuit in *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*<sup>91</sup>

Other applications of the aesthetic/documentary distinction, also described as the distinction between expression and information, quickly appeared in connection with the storage of works in databases. In *A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC*, the Court of Appeals for the Fourth Circuit held that the construction of a commercial database by a plagiarism detection service managed by the defendant iParadigms, which stored full copies of essays and theses, was fair use: “the archiving of plaintiffs’ papers was transformative and favored a finding of ‘fair use.’ iParadigms’ use of these works was completely unrelated to expressive content and was instead aimed at detecting and discouraging plagiarism.”<sup>92</sup> Then, in *Authors Guild v. HathiTrust*, involving Google’s scanning of the book collection of the University of Michigan library, the

*un fair use transformador porque el libro había reproducido las imágenes como “elementos históricos” para documentar los conciertos, y no para explotar la expresión estética de los anuncios*<sup>90</sup>. Después esta distinción entre lo estético y lo documental se reveló muy útil en el marco de nuevas utilidades tecnológicas que no producían nuevas obras, sino que explotaban nuevos medios de difundir las obras ajenas. Así, la práctica de los motores de búsqueda de almacenar imágenes completas con objeto de integrarlas en un índice, y de comunicarlas en forma de viñetas, benefició de la variante “nueva finalidad documental” del análisis del carácter transformador de la utilización, como lo confirmó el Tribunal de apelación del 9º Circuito en el pleito *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*<sup>91</sup>.

*Otras aplicaciones de la distinción estética/documental, también calificada como distinción entre expresión e información, aparecieron rápidamente en el marco del almacenamiento de obras en las bases de datos. En A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC, el Tribunal de apelación del 4º Circuito juzgó que la constitución de una base de datos comercial por un servicio de detección de plagio administrada por el demandado iParadigms, que almacenaba copias íntegras de memorias y de tesis era fair use: “the archiving of plaintiffs’ papers was transformative and favored a finding of ‘fair use.’ iParadigms’ use of these works was completely unrelated to expressive content and was instead aimed at detecting and discouraging plagiarism”*<sup>92</sup>, y después el Tribunal de

quand le groupe s'était produit. La Cour d'appel du deuxième circuit a statué que l'utilisation était un *fair use* transformateur parce que le livre avait reproduit les images en tant qu'"éléments historiques" pour documenter les concerts, et non pas pour exploiter l'expression esthétique des affiches.<sup>90</sup> Par la suite, cette distinction entre l'esthétique et le documentaire s'est avérée très utile dans le cadre de nouvelles utilisations technologiques qui ne produisaient pas de nouvelles œuvres, mais qui exploitaient de nouveaux moyens de diffuser des œuvres d'autrui. Ainsi la pratique des moteurs de recherche de stocker des images intégrales afin de les répertorier dans un index, et de les communiquer en forme de vignettes, a bénéficié de la variante "nouvelle finalité documentaire" de l'analyse du caractère transformateur de l'utilisation, comme l'a affirmé la Cour d'appel du neuvième circuit dans l'affaire *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*<sup>91</sup>

D'autres applications de la distinction esthétique/documentaire, aussi bien qualifiée comme distinction entre l'expression et l'information, sont vite apparues dans le cadre du stockage d'œuvres dans des bases de données. Dans *A.V. ex rel. Vanderbye v. iParadigms, LLC*, la Cour d'appel du quatrième circuit a statué que la constitution d'une base de données commerciale par un service de détection du plagiat géré par le défendeur iParadigms qui stockait des copies intégrales des mémoires et de thèses était un *fair use* : "the archiving of plaintiffs' papers was transformative and favored a finding of 'fair use.' iParadigms' use of these works was completely unrelated to expressive content and was instead aimed at



Court of Appeals for the Second Circuit decided that the digitization and permanent storage of full copies of books that were still in copyright constituted fair use because they made “data mining” of the contents of the books possible.<sup>93</sup> Such uses are “non-expressive” for two reasons: first, they do not produce new expressions created by the persons carrying out the acts of reproducing and storing works and, second, the aim of data mining is not to draw out the expression from the books but rather to extract information from them.

Following these decisions, the determination of fair use in the *Google Books* case, concerning the same activity of scanning the University of Michigan’s library collection as in the *HathiTrust* case but in which the defendant was Google, a commercial company (and not the University, a non-profit entity), was not surprising, even though – unlike in the *HathiTrust* case where the library’s use was limited to data mining with no output of extracts from the scanned books – Google not only provided data mining but also communicated “snippets” of text from the books in response to search queries. A “snippet” consists of about three lines from a 24-line page. The Court minimized the importance of the commercial character of Google’s business, stressing that its case law had “repeatedly rejected the contention that commercial motivation should outweigh a convincing transformative purpose and absence of significant substitutive competition with the original”. Distinguishing between a use that provides information about the scanned book and a use that communicates its *expression*,

*apelación del 2º Circuito en Authors Guild v. HathiTrust, que ponía en tela de juicio el escaneo por Google de los fondos de la biblioteca de la Universidad de Michigan, decidió que la digitalización y el almacenamiento permanente de las copias íntegras de libros que estaban todavía protegidos por el derecho de autor era un fair use porque hacían posible el “datamining” de los contenidos de los libros*<sup>93</sup>. Tales utilidades son “no expresivas” por partida doble: por un lado no producen nuevas expresiones creadas por los que realizan actos de reproducción y de almacenamiento de obras, y por el otro el objetivo del “datamining” no es sacar la expresión de los libros sino extraer elementos de información.

*Tras estas sentencias, la admisión del fair use en el pleito Google Books, relativo al mismo escaneo del fondo de la biblioteca de la Universidad de Michigan que en el pleito HathiTrust, pero en el que el demandado era Google, empresa comercial (y no la universidad, entidad sin objeto de lucro), no era de extrañar. Y esto incluso si, al contrario del pleito HathiTrust, en el que la utilización hecha por la biblioteca se limitaba al “datamining” sin sacar extractos de los libros escaneados, Google hacía no solo el “datamining” sino que también comunicaba “snippets” de los libros escaneados en respuesta a las peticiones de búsqueda. Un “snippet” consta de unas tres líneas para una página de 24 líneas. El Tribunal minimizó la importancia de la índole comercial de la empresa Google, subrayando que su jurisprudencia había “repeatedly rejected the contention that commercial motivation should outweigh a convincing transformative purpose and absence of significant substitutive competition with the*

detecting and discouraging plagiarism.”<sup>92</sup> Puis, la Cour d’appel du deuxième circuit dans *Authors Guild v. HathiTrust*, mettant en cause la scannérisation per Google des fonds de la bibliothèque de l’Université de Michigan, a décidé que la numérisation et le stockage permanent de copies intégrales de livres encore protégés par le droit d’auteur était un *fair use* parce qu’ils rendaient possible le “*datamining*” des contenus des livres.<sup>93</sup> De telles utilisations sont doublement “non expressives” : d’une part elles ne produisent pas de nouvelles expressions créées par ceux qui commettent des actes de reproduction et de stockage d’œuvres, et d’autre part le but du “*datamining*” n’est pas de sortir l’expression des livres mais d’en extraire des éléments d’information.

Suite à ces décisions, l’admission du *fair use* dans l’affaire *Google Books*, concernant la même scannérisation du fonds bibliothécaire de l’University of Michigan que dans l’affaire *HathiTrust*, mais où le défendeur était Google, entreprise commerciale (et non pas l’université, entité sans but lucratif), ne pouvait surprendre. Et ceci même si, contrairement à l’affaire *HathiTrust*, où l’utilisation faite par la bibliothèque se limitait au “*datamining*” sans sorties d’extraits des livres scannés, Google fournissait non seulement du “*datamining*” mais également communiquait des “*snippets*” des livres scannés en réponse aux demandes de recherche. Un “*snippet*” comprend environ trois lignes sur une page de 24 lignes. La Cour a minimisé l’importance de la nature commerciale de l’entreprise de Google, soulignant que sa jurisprudence avait “repeatedly rejected the contention that commercial motivation should

the Court held that neither the data mining use nor the snippets exploited the books for their expressive value. It followed that “the creation of complete digital copies of copyrighted works [results in] transformative fair uses when the copies ‘served a different function from the original.’”

With regard to “data mining” uses, it can be argued that the exploitation of a work for its non-expressive information (such as the number of times a word or phrase appears in a book or a series of books) does not imply any infringement and that the digitization of lawfully obtained copies of books (in this case loaned by the Michigan library) to create a database that enables non-infringing (and progress-of-knowledge enhancing) outputs should also be lawful. On the other hand, three-line “snippets” convey a little of the expression of the scanned works, but the Court took care to stress that it was impossible to string these three-line snippets together into pages of expression by carrying out multiple searches. The protection measures introduced by Google to prevent such attempts led the Court to conclude that, “at least as presently structured by Google, the snippet view does not reveal matter that offers the marketplace a significantly competing substitute for the copyrighted work”. The Court seems to endeavour to avoid the “slippery slope” whereby the size of the snippets would grow in line with Google’s ambitions to communicate more content.

*original”. Haciendo la distinción entre las utilidades que dan información a propósito del libro escaneado y las utilidades que comunican su expresión, el Tribunal juzgó que ni las utilidades de “datamining” ni los “snippets” explotaban los libros por sus valores expresivos. Se deducía que “the creation of complete digital copies of copyrighted works [results in] transformative fair uses when the copies ‘served a different function from the original.’”*

*En lo tocante a las utilidades de “datamining” cabe afirmar que la explotación de una obra por sus informaciones no expresivas (tales como el número de veces que una palabra o una frase aparecen en un libro o en una serie de libros) no implica fraude alguno, y que la digitalización de libro cuyas copias han sido obtenidas lícitamente (en ese caso prestadas por la Universidad de Michigan) para constituir una base de datos que hace posible salidas que no son un plagio (y que hacen progresar el conocimiento) debería ser también lícita. Por el contrario los “snippets” de tres líneas comunican algo de la expresión de las obras escaneadas, pero el Tribunal ha tenido cuidado de subrayar la imposibilidad de alinear esos extractos de tres líneas en páginas de expresión multiplicando las búsquedas. Las medidas de protección instauradas por Google para prevenir tales tentativas han llevado al Tribunal a la conclusión de que “al menos tal como están estructurados actualmente por Google, los snippets no muestran suficiente contenido para sustituir de forma concurrente a la obra”. El Tribunal parece esforzarse en evitar la “cuesta resbaladiza” (“slippery slope”) por la que la dimensión de los extractos*

outweigh a convincing transformative purpose and absence of significant substitutive competition with the original.” Faisant la distinction entre utilisations qui fournissent de l’information *à propos du* livre scanné des utilisations qui communiquent son *expression*, la Cour a statué que ni les utilisations de “datamining” ni les “*snippets*” n’exploitaient les livres pour leurs valeurs expressives. Il s’ensuivait que “the creation of complete digital copies of copyrighted works [results in] transformative fair uses when the copies ‘served a different function from the original.’”

En ce qui concerne les utilisations de “*datamining*” on peut soutenir que l’exploitation d’une œuvre pour ses informations non expressives (telles que le nombre de fois un mot ou une phrase apparaissent dans un livre ou dans une série de livres) n’implique aucune contrefaçon, et que la numérisation de livres dont les copies ont été licitement obtenues (en l’occurrence prêtées par la bibliothèque de Michigan) afin de constituer une base de données qui rend possible des sorties non contrefaisantes (et qui font progresser le savoir) devrait être également licite. En revanche, les “*snippets*” de trois lignes communiquent un peu de l’expression des œuvres scannées, mais la Cour a pris soin de souligner l’impossibilité d’aligner ces reprises de trois lignes en pages d’expression en multipliant les recherches. Les mesures de protection mises en place par Google pour prévenir de telles tentatives ont conduit la Cour à conclure que “au moins tels qu’actuellement structurés par Google, les *snippets* ne montrent pas suffisamment de contenus pour se substituer de façon concurrente à l’œuvre.” La Cour semble s’efforcer

“snippets” *aumentaría progresivamente a medida que Google ambiciona comunicar más contenidos.*

As currently constructed, it is possible that the snippets do not provide enough content to replace the purchase of the book or even licences for the use of extracts from books. Similarly, in response to the argument raised by authors that hackers might gain access to Google's database and steal the contents, the Court replied that “Google has documented that Google Books' digital scans are stored on computers walled off from public Internet access and protected by the same impressive security measures used by Google to guard its own confidential information”. Less “impressive security” might have disfavoured the application of the fair use exception given the disastrous consequences that would follow from unlimited access which allowed the scanned works to be reproduced and communicated in full. Therefore, although the Court determined that Google's program did not pose any credible threat to the holders of the rights in the scanned works, one may wonder what other player could have met the very high security standard set by Google. In other words, does the fair use analysis in this case apply only to Google?

In future cases involving full-text copying of pre-existing works, questions will doubtless remain concerning the scope

*Tal como están constituidos actualmente, puede ser que los “snippets” no den bastantes contenidos para reemplazar la compra del libro o incluso las licencias de explotación de los extractos de libros. Igualmente, respondiendo al argumento formulado por los autores de que la base de datos de Google corría el riesgo de que intrusos penetrasen en ella y se adueñaran de sus contenidos, el Tribunal respondió que “Google has documented that Google Books' digital scans are stored on computers walled off from public Internet access and protected by the same impressive security measures used by Google to guard its own confidential information”. Menos “seguridad impresionante” habría podido dificultar la aplicación de la excepción de fair use, teniendo en cuenta las consecuencias devastadoras de un acceso ilimitado que permitiese reproducir y comunicar los textos íntegros de las obras escaneadas. Por lo tanto, aunque el Tribunal decidiera que el programa de Google no representaba una amenaza creíble para los derechohabientes de las obras escaneadas, a la vista de los medios considerables que Google había invertido en la seguridad de su base de datos, cabe preguntarse qué otro actor hubiera podido saltar la alta barrera de seguridad edificada por Google. En otros términos, ¿se trata en este caso de un análisis del fair use que solo es válido para Google?*

*En el futuro, en casos que pongan en tela de juicio la copia íntegra de obras preexistentes, quedarán sin duda*

d'éviter la "pente glissante" ("*slippery slope*") par laquelle la dimension des extraits "*snippets*" s'agrandirait au fur et à mesure des ambitions de Google de communiquer davantage de contenus.

Tels qu'actuellement constitués, il se peut que les "*snippets*" ne fournissent pas assez de contenus pour se substituer à l'achat du livre ou même à des licences d'exploitation des extraits des livres. De même, répondant au motif soulevé par les auteurs que la base de données de Google risquait d'être pénétrée par des intrus qui s'empareraient des contenus, la Cour a répondu que "Google has documented that Google Books' digital scans are stored on computers walled off from public Internet access and protected by the same impressive security measures used by Google to guard its own confidential information." Moins de "sécurité impressionnante" aurait pu nuire à l'application de l'exception de *fair use*, étant donné les conséquences dévastatrices d'un accès illimité permettant de reproduire et communiquer les textes intégraux des œuvres scannées. Donc, bien que la Cour ait déterminé que le programme de Google ne présentait pas de menace crédible aux ayants droits des œuvres scannées, vus les moyens considérables que Google avait investis dans la sécurité de sa base de données, il est permis de se demander quel autre acteur aurait pu franchir la très haute barre de sécurité dressée par Google. Autrement dit, s'agit-il en l'occurrence d'une analyse de *fair use* qui ne vaut que pour Google?

Dans l'avenir, dans des affaires mettant en cause la copie intégrale

of the analysis characterizing transformative use as a dichotomy between providing “information about” the copied book (probable fair use) and communicating “expressive content” (less probable fair use, but the defendant may still show that the use does not compete with an existing or potential market for the book). Indeed, if fair use turns on non-disclosure to the public of a digitized work’s copyrightable expression, then, if Google had scanned and stored millions of books, and used the content for internal purposes without permission but also without disclosing any outputs of any kind to the public, would its use still be “fair”?

Lastly, one more case, which is currently being appealed, shows the wayward drift in the analysis of transformative use concerning informational works and uses. In *Fox News v. TVEyes*,<sup>94</sup> the defendant TVEyes is a commercial “media monitoring” service which copies and stores radio and television news broadcasts in their entirety to enable its subscribers to retrieve portions of broadcasts that interest them by keyword searches of TVEyes’ database. It can be likened to a digital and visual version of the old “clipping services” where employees read newspapers to extract all the articles in which their clients’ names appeared. Except that, in this case, it is the client who not only chooses the search themes but also does the extracting thanks to the access that TVEyes’ database affords to the entire content of radio and television news broadcasts. The video clips provided

*cuestiones sobre el alcance del análisis que caracteriza la utilización transformativa como una dicotomía entre facilitar “informaciones sobre” el libro copiado (probable fair use) y la comunicación de los “contenidos expresivos” (fair use menos probable, pero el demandado puede también mostrar que su utilización no hace la competencia en un mercado actual o potencial para el libro). Además, si una utilización de la obra para sacar elementos de información desprovistos de expresión, y sin comunicación posterior de la expresión al público constituye una explotación no fraudulenta de “la información”, ¿Qué ocurriría si Google (siempre sin autorización ni remuneración) hubiera digitalizado y almacenado millones de libros, con objeto de explotar su contenido para utilizaciones puramente internas, sin proponer al público ninguna clase de contenido?*

*En fin, un último pleito, actualmente en apelación, muestra la deriva del análisis de la utilización transformativa en materia de obras y de utilizaciones informativas. En Fox News v. TVEyes<sup>94</sup>, TVEyes es un servicio comercial de “media monitoring” que copia y almacena la totalidad de informaciones radiodifundidas o teledifundidas para permitir a sus abonados encontrar parte de las emisiones que les interesan buscando por palabras clave en la base de datos constituida por TVEyes. Se puede imaginar como una versión digital y visual de los antiguos “clipping services” cuyos empleados leían periódicos para extraer todos los artículos en los que figuraba el nombre de sus clientes. Salvo que en este caso es el cliente el que no solo escoge los temas de la búsqueda, sino que la efectúa él mismo gracias al*

d'œuvres préexistantes, il restera sans doute des questions quant à la portée de l'analyse qui caractérise l'utilisation transformatrice comme étant une dichotomie entre fournir des "informations à propos" du livre copié (probable *fair use*) et la communication des "contenus expressifs" (*fair use* moins probable, mais le défendeur peut encore montrer que son utilisation ne concurrence pas un marché actuel ou potentiel pour le livre). D'ailleurs, si une utilisation de l'œuvre pour en puiser des éléments d'information dénués d'expression, et sans communication ultérieure de l'expression au public constitue une exploitation non contrefaisante de "l'information," qu'en serait-il si Google avait (toujours sans permission ni paiement) numérisé et stocké de millions de livres, afin d'exploiter leur contenu pour des utilisations purement internes, sans proposer au public aucune sortie de contenu?

Enfin, une dernière affaire, actuellement en appel, montre la dérive de l'analyse d'utilisation transformatrice en matière d'œuvres et d'utilisations informationnelles. Dans *Fox News v. TV Eyes*,<sup>94</sup> TVEyes est un service commercial de "*media monitoring*" qui copie et qui stocke l'intégralité des émissions d'informations radiodiffusées ou télédiffusées afin de permettre à ses abonnés de retrouver des parties d'émissions qui les intéressent en y faisant des recherches par mots clés dans la base de données constituée par TVEyes. On peut l'imaginer comme une version numérique et visuelle des anciens "*clipping services*" dont les employés lisaient des journaux afin d'extraire tous les articles où figuraient les noms



by the service in response to search queries generally last from two to ten minutes.

The District Court decided that the service was covered by fair use on the ground that it transformed the purpose of the broadcasts:

I find that TVEyes' search engine together with its display of result clips is transformative, and "serves a new and different function from the original work and is not a substitute for it." In making this finding, I am guided by the Second Circuit's determination that databases that convert copyrighted works into a research tool to further learning are transformative. TVEyes' message, "this is what they said" – is a very different message from [Fox News'] – "this is what you should [know or] believe." TVEyes' evidence, that its subscribers use the service for research, criticism, and comment, is undisputed and shows fair use as explicitly identified in the preamble of the statute.

As to the other factors, the Court held that copying the broadcasts in full was not excessive in view of the service's aim of proposing the entire content. There was no adverse impact on the market for the broadcasts because the service did not propose a substitute for viewing the news broadcasts as a whole.

*acceso a la totalidad de las emisiones de informaciones radiofónicas y televisivas que le facilita la base de datos de TVEyes. Los videoclips que el servicio facilita como respuesta a las peticiones de búsqueda duran en general entre dos y diez minutos.*

*El tribunal decidió que el servicio estaba cubierto por el fair use porque transformaba la finalidad de las emisiones:*

*I find that TVEyes' search engine together with its display of result clips is transformative, and "serves a new and different function from the original work and is not a substitute for it." In making this finding, I am guided by the Second Circuit's determination that databases that convert copyrighted works into a research tool to further learning are transformative. TVEyes' message, "this is what they said" – is a very different message from [Fox News'] – "this is what you should [know or] believe." TVEyes' evidence, that its subscribers use the service for research, criticism, and comment, is undisputed and shows fair use as explicitly identified in the preamble of the statute.*

*En cuanto a los demás criterios, el tribunal juzgó que la copia íntegra de las emisiones no era excesiva teniendo en cuenta el objetivo del servicio de proponer la totalidad de los contenidos. No tenía un impacto perjudicial en el mercado de las emisiones ya que el servicio no proponía una sustitución de la visión de las informaciones en su conjunto.*

de leurs clients. Sauf qu'en l'occurrence c'est le client qui non seulement choisit les thèmes des recherches, mais les effectue lui-même grâce à l'accès à la totalité des émissions d'informations radiophoniques et télévisuelles que lui fournit la base de données de TVEyes. Les vidéoclips que le service fournit en réponse aux demandes de recherche durent en général entre deux et dix minutes.

Le tribunal a décidé que le service était couvert par le *fair use* au motif qu'il transformait la finalité des émissions :

I find that TVEyes's search engine together with its display of result clips is transformative, and "serves a new and different function from the original work and is not a substitute for it." In making this finding, I am guided by the Second Circuit's determination that databases that convert copyrighted works into a research tool to further learning are transformative. TVEyes's message, "this is what they said" – is a very different message from [Fox News'] – "this is what you should [know or] believe." TVEyes's evidence, that its subscribers use the service for research, criticism, and comment, is undisputed and shows fair use as explicitly identified in the preamble of the statute.

Quant aux autres critères, le tribunal a statué que la copie intégrale des émissions n'était pas excessive vu le but du service de proposer la totalité des contenus. Il n'y avait pas d'impact nuisible sur le marché des émissions puisque le service ne proposait pas un substitut pour le

This staggering analysis disregards an important difference between the case in question and other ones, like *HathiTrust*, where the operator of the database containing the full texts of the copied works proposed only items of information to the public, without replicating the expression. By contrast, in *TVEyes*, the service communicates extracts that are of significant length (certainly exceeding the audio or audiovisual equivalent of the Google Books “snippets”) and necessarily include the broadcast news reports’ expression. In the Court’s view, these video clips were nevertheless “transformative” because their purpose was to let the researcher know “what was said” in the television reports, rather than telling viewers “this is what you should know”. It is questionable whether there really is a distinction between the broadcasters’ “messages” and those of the media monitoring service. The Court’s approach – “this is what the copied work said” – may end up by converting any work, including its expression, into a piece of information, thus justifying the copying as “documentary” fair use. It remains to be seen whether the Court of Appeals for the Second Circuit will readjust the focus which, far from training on a discrete target, is more like unleashing a volley of machine gun fire...

## **B – European Union Law**

Of course, the principle that ideas – and thus information – are free to use applies in the European Union countries as well as in the United States. However, because copyright enables the rightholder to control the dissemination of the work

*Este análisis estupefaciente hace abstracción de una diferencia importante entre este caso y otros, tales como Hathi Trust, donde el titular de la base de datos que contenía la totalidad de las obras copiadas no proponía al público más que elementos de información, sin retomar la expresión. Por el contrario, en TVEyes, el servicio comunica extractos de una duración importante (y que seguramente rebasan el equivalente audio o audiovisual de los “snippets” de Google Books) y que representan forzosamente la expresión de los reportajes teledifundidos. Esos videoclips serían sin embargo “transformativos” porque su finalidad es mostrar al que realiza la búsqueda “lo que han dicho” los reportajes televisivos, en lugar de decir a los telespectadores “Esto es lo que ustedes deben saber”. Cabe preguntarse si hay realmente una diferencia entre los “mensajes” de los teledifusores y el servicio de “media monitorig”. El enfoque del tribunal – “esto es lo que ha dicho la obra copiada”- corre el riesgo de acabar convirtiendo cualquier obra, incluyendo su expresión, en un elemento de información, y hacerla por lo tanto susceptible de legitimación a título del fair use “documental”. Queda por ver si el Tribunal de apelación del 2º circuito rectificara el tiro, que más que una flecha dirigida a un blanco concreto, se parece más bien a una ráfaga de ametralladora...*

## **B – Derecho de la Unión Europea**

*Evidentemente, el principio según el cual las ideas, y por lo tanto las informaciones, son de libre curso se aplica en los países de la Unión Europea como en Estados Unidos. Sin embargo, el derecho de autor, al permitir al titular*

visionnement des émissions des informations dans leur ensemble.

Cette analyse sidérante fait abstraction d'une différence importante entre cette affaire et d'autres, telles *Hatbi Trust*, où le détenteur de la base de données contenant l'intégralité des œuvres copiées, ne proposait au public que des éléments d'information, sans reprise de l'expression. En revanche, dans TVEyes, le service communique des extraits d'une durée importante (et certainement dépassant l'équivalent audio ou audiovisuelle des "snippets" de Google Books) et qui reprennent forcément l'expression des reportages télédiffusés. Ces vidéoclips seraient néanmoins "transformatifs" parce que leur finalité est d'apprendre au chercheur "ce qu'ont dit" les reportages télévisuels, au lieu de dire aux téléspectateurs "Voici ce que vous devez savoir." Il est permis de se demander s'il y a vraiment une distinction entre les "messages" des télédiffuseurs par rapport au service de "media monitoring". La démarche du tribunal – "voici ce qu'a dit l'œuvre copiée" – risque de finir par convertir toute œuvre, expression comprise, en un élément d'information, et donc la rendre susceptible d'être légitimée au titre du *fair use* "documentaire." Reste à voir si la Cour d'appel du deuxième circuit rectifiera un tir qui, loin d'envoyer une flèche vers une cible discrète, ressemble plutôt à une rafale de mitrailleuse...

## **B – Droit de l'Union européenne**

Bien entendu, le principe selon lequel les idées, donc les informations, sont de libre parcours s'applique dans les pays de l'Union

containing the information being sought, it may curb its free access. In this case, the tension could be resolved through a “proportionality test” only if the existence of “the public’s right to information”, as the corollary and extension of freedom of expression, is established as a premise. The argument has been advanced.<sup>95</sup> However, this “pseudo subjective right”, which is too ill-defined to be operational,<sup>96</sup> doubtless constitutes a weaker justification than freedom of expression, a pillar of democracy that has long been enshrined in positive law. In France, at any rate, the courts have always refused to give it precedence over authors’ rights.<sup>97</sup> The positive effects of the work’s use in terms of better public information may well be a factor in favour of U.S. fair use. Indeed, at first instance, in the *Google Books* case, Judge Chin stressed from the outset the numerous benefits of the project, including in particular the fact that it offered new possibilities for research in the fields of lexicography, grammar, censorship, etc.<sup>98</sup> But these benefits are not sufficient in European Union law to defeat the author’s exclusive right in the work being used.

Therefore, the discussion must be conducted purely in terms of exceptions/limitations in order to seek the necessary “balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information”.<sup>99</sup> Directive 2001/29 offers the Member States the possibility of laying

*de los derechos controlar la difusión de la obra que contiene la información buscada, puede limitar el libre acceso a esta. La tensión, aquí, no podría resolverse con un “test de proporcionalidad” sino con la condición de erigir como postulado la existencia de un “derecho público a la información”, corolario y prolongación de la libertad de expresión. La tesis ha sido formulada<sup>95</sup>. Pero ese “pseudo-derecho subjetivo”, cuyos límites son demasiado borrosos para ser operativo<sup>96</sup> constituye sin duda una justificación menos fuerte que la libertad de expresión, pilar de la democracia integrado desde largo tiempo en el derecho positivo. En Francia, en todo caso, la jurisprudencia se ha negado siempre a darle la prioridad sobre el derecho de autor<sup>97</sup>. Los efectos positivos de la utilización de la obra con respecto a una mejor información del público, pueden efectivamente constituir un índice en favor del fair use americano, y en ese sentido, en el pleito Google Books, el Juez Chin, en primera instancia, insistió de entrada en las numerosas ventajas del proyecto, y en particular en el hecho de que ofrecía así perspectivas nuevas para las investigaciones sobre la lexicografía, la gramática, la censura, etc.<sup>98</sup>. No pueden bastar, en el derecho de la Unión Europea, para anular el derecho exclusivo del autor de la obra utilizada.*

*Es pues únicamente en el terreno de las excepciones-limitaciones donde debe hacerse el debate, para buscar el necesario “equilibrio entre los derechos de los autores y el interés público general, en particular en materia de enseñanza, de investigación y de acceso a la información”<sup>99</sup>. La directiva*

européenne comme aux États-Unis. Toutefois, le droit d'auteur, parce qu'il permet au titulaire des droits de contrôler la diffusion de l'œuvre contenant l'information recherchée, peut brider le libre accès à celle-ci. La tension, ici, ne pourrait se résoudre à travers un "test de proportionnalité" qu'à la condition d'ériger en postulat l'existence d'un "droit du public à l'information", corollaire et prolongement de la liberté d'expression. La thèse a été soutenue<sup>95</sup>. Mais ce "pseudo-droit subjectif" aux contours trop incertains pour être opérationnel<sup>96</sup> constitue sans doute une justification moins forte que la liberté d'expression, pilier de la démocratie depuis longtemps intégré par le droit positif. En France, en tout cas, la jurisprudence a toujours refusé de le faire primer sur le droit d'auteur<sup>97</sup>. Les effets positifs de l'utilisation de l'œuvre au regard d'une meilleure information du public peuvent bien constituer un indice en faveur du *fair use* américain, et c'est en ce sens que, dans l'affaire *Google Books*, le Juge Chin, en première instance, a insisté d'emblée sur les nombreux avantages du projet, et notamment sur le fait qu'il offrait ainsi des perspectives nouvelles aux recherches sur la lexicographie, la grammaire, la censure, etc.<sup>98</sup>. Ils ne peuvent suffire, dans le droit de l'Union européenne, à tenir en échec le droit exclusif de l'auteur de l'œuvre utilisée.

C'est donc seulement sur le terrain des exceptions-limitations que le débat doit être mené, afin de rechercher le nécessaire "équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière

down a number of restrictions to the exclusive right for that purpose. One of the most important restrictions – which warrants a special mention because of the controversy that it raised (and continues to raise) – is the provision of article 5(3)(n) for “use by communication or making available, for the purpose of research or private study, to individual members of the public by dedicated terminals on the premises of establishments referred to in paragraph 2(c) of works and other subject-matter not subject to purchase or licensing terms which are contained in their collections”. In the *Technische Universität Darmstadt* case, the Court of Justice had to rule on the dispute between a German university library, which had digitized a work from its collection to make it available to the public, and the publisher of the work in question which had offered the university an opportunity – which it had declined – to purchase the textbook in the form of an electronic book. With regard to the digitization of the library’s collections, the Court held that it was an act of reproduction incidental to communication to the public which had to be permitted lest the substance of the exception be negated. As to the possibility afforded to users of the library to print out the works consulted at dedicated library terminals or to store them on a USB stick, the Court held that these, by contrast, were acts of reproduction that were not covered by the exception. However, the Court accepted the possibility that these acts of reproduction might be permissible under the private copying exception if the conditions laid down by the national law were met.<sup>100</sup> This was the solution that was subsequently adopted by the Bundesgerichtshof in the same case, when it stated that the exception to the right of communication to the public that could be invoked by libraries did not require them to restrict the making available of works to users to a mere ability to read

*2001/29 ofrece a los Estados miembros la posibilidad de prever para eso cierto número de restricciones del derecho exclusivo. Una de las más importantes, que merece especial mención a causa de las controversias que ha suscitado (y sigue suscitando), es la prevista por el artículo 5.3 n) para “la utilización, por comunicación o puesta a disposición, con fines de investigación o estudio privados, mediante terminales especializados, a particulares en locales de los establecimientos citados en el párrafo 2, punto c), de obras y otros objetos protegidos que forman parte de su colección y que no están sometidos a condiciones en materia de compra o de licencia”. En el pleito Technische Universität Darmstadt, el Tribunal de Justicia tenía que pronunciarse sobre el litigio que oponía la biblioteca de una universidad alemana que había digitalizado una obra de su colección para ponerla a disposición del público, al editor de la obra concernida que le había propuesto comprar el manual en forma de libro electrónico, oferta que el establecimiento universitario había rechazado. En lo relativo a la digitalización de las colecciones de la biblioteca, estimó que se trataba de un acto de reproducción accesorio a la comunicación al público que debía ser autorizado so pena de dejar sin sustancia la excepción. En cuanto a la posibilidad para el usuario de la biblioteca de imprimir o de grabar en un lápiz de memoria USB las obras consultadas en los terminales de lectura, juzgó que se trataba, por el contrario, de actos de reproducción no cubiertos por la excepción, al mismo tiempo que admitía que podían estar legitimados por la excepción de copia privada desde el momento en que las condiciones impuestas por la ley nacional estaban reunidas<sup>100</sup>. El Bundesgerichtshof adoptó después esta solución en el mismo pleito,*

d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information"<sup>99</sup>. La directive 2001/29 offre aux Etats membres la possibilité de prévoir à cette fin un certain nombre de restrictions au droit exclusif. L'une des plus importantes, qui mérite une mention spéciale en raison des controverses qu'elle a suscitées (et continue de susciter), est celle prévue par l'article 5.3 n) pour "l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence". Dans l'affaire *Technische Universität Darmstadt*, la Cour de justice avait à se prononcer sur le litige opposant la bibliothèque d'une université allemande ayant numérisé une œuvre de sa collection pour la mettre à la disposition du public, à l'éditeur de l'ouvrage concerné qui lui avait proposé d'acquérir le manuel sous forme de livre électronique, offre que l'établissement universitaire avait déclinée. S'agissant de la numérisation des collections de la bibliothèque, elle a estimé qu'il s'agissait d'un acte de reproduction accessoire à la communication au public qui devait être autorisé sous peine de vider l'exception de sa substance. Quant à la possibilité pour l'utilisateur de la bibliothèque d'imprimer ou d'enregistrer sur une clé USB les œuvres consultées sur les terminaux de lecture, elle a jugé qu'il s'agissait, en revanche, d'actes de reproduction non couverts par l'exception, tout en admettant qu'ils pouvaient être légitimés par l'exception de copie privée



the works on screens, without the possibility of printing or storing them.<sup>101</sup>

However, another – crucial – question has been raised concerning the exception, namely whether it would be appropriate to extend its scope to allow libraries to lend works in digital format. The Reda report favoured this,<sup>102</sup> and the idea was taken up in the European Parliament's resolution of 9 July 2015.<sup>103</sup> Publishers, for their part, advocate contractual solutions, which the foregoing resolution, moreover, does not exclude.<sup>104</sup> In the roadmap that it published a few months later,<sup>105</sup> the European Commission noted, with regret, that “the EU exception authorising libraries and other institutions to allow on-screen consultation of works for research and private study only applies to terminals on the libraries' physical premises, which does not take into account today's technological possibilities for remote consultation”, and announced that it “will take action to ensure that the EU framework on exceptions that is relevant for access to knowledge, education and research is effective in the digital age and across borders” and will consider drafting legislative proposals in order, *inter alia*, to “support remote consultation, in closed electronic networks, of works held in research and academic libraries and other relevant institutions, for research and private study”.

*precisando que la excepción al derecho de comunicación al público de que pueden prevalecerse las bibliotecas no les impone restringir la puesta a disposición de las obras a una simple facultad para los usuarios de lectura en pantalla, sin posibilidad de imprimir o de grabar<sup>101</sup>.*

*Pero hay otra cuestión, crucial, que se ha planteado a propósito de la excepción, relativa a la oportunidad de extender su perímetro para permitir a las bibliotecas efectuar préstamos digitales. El informe Reda se pronunciaba en ese sentido<sup>102</sup>, y la idea fue recogida en la resolución del Parlamento Europeo del 9 de julio de 2015<sup>103</sup>. Los editores piden, por su lado, soluciones contractuales que la resolución, de hecho, no excluye<sup>104</sup>. En la hoja de ruta que publicó unos meses después<sup>105</sup>, la Comisión europea constató, lamentándolo, que “la excepción europea que autoriza a las bibliotecas y otros establecimientos a permitir la consulta en pantalla para estudios de investigación o de estudios privados no se aplica más que a los terminales que se encuentran en los locales de las bibliotecas, sin tener en cuenta las posibilidades técnicas actuales de consulta a distancia”, anunciando que “adoptará medidas para que el marco de la Unión que recoge las excepciones en materia de acceso al conocimiento, de enseñanza y de investigación sea eficaz en la era digital y por encima de las fronteras” y que realizará una reflexión sobre la elaboración de proposiciones legislativas de la Unión con objeto en particular de “estimular la consulta a distancia, en redes electrónicas cerradas, de obras*

dès lors que les conditions posées par la loi nationale étaient réunies<sup>100</sup>. C'est cette solution que le Bundesgerichtshof a ensuite adoptée dans la même affaire, en précisant que l'exception au droit de communication au public dont les bibliothèques peuvent se prévaloir ne leur impose pas de restreindre la mise à disposition des œuvres aux usagers à une simple faculté de lecture à l'écran, sans possibilité d'imprimer ou d'enregistrer<sup>101</sup>.

Mais une autre question, cruciale, a été posée à propos de l'exception, concernant l'opportunité d'en étendre le périmètre pour permettre aux bibliothèques d'effectuer des prêts numériques. Le rapport Reda se prononçait en ce sens<sup>102</sup>, et l'idée a été reprise dans la résolution du Parlement européen du 9 juillet 2015<sup>103</sup>. Les éditeurs plaident, quant à eux, pour des solutions contractuelles que la résolution précitée, au demeurant, n'exclut pas<sup>104</sup>. Dans la feuille de route qu'elle a publiée quelques mois plus tard<sup>105</sup>, la Commission européenne a formulé le constat, sous forme de regret, que "l'exception européenne autorisant les bibliothèques et d'autres établissements à permettre la consultation à l'écran de travaux de recherche et d'études privées ne s'applique qu'aux terminaux qui se trouvent dans les locaux des bibliothèques, sans tenir compte des possibilités techniques actuelles de consultation à distance", annonçant qu'elle "prendra des mesures pour que le cadre de l'Union régissant les exceptions en matière d'accès à la connaissance, d'enseignement et de recherche soit efficace dans l'ère numérique et par-delà les frontières" et qu'elle mènera une réflexion sur l'élaboration de

*conservadas en las bibliotecas universitarias y de investigación y otros establecimientos análogos para las actividades de investigación y estudios privados”.*

The Court of Justice could alter the terms of the debate. Indeed, on 18 April 2015, a Dutch court referred questions to it for a preliminary ruling in order to determine notably whether the lending right provided for in Directive 2006/115 of 12 December 2006 includes digital lending<sup>106</sup> and Advocate General Szpunar<sup>107</sup> has proposed answering in the affirmative based on a practical approach to the concept of lending similar to the one adopted in the *UsedSoft*<sup>108</sup> ruling for the concept of distribution.<sup>109</sup> This is an important issue because granting a digital lending right would make it possible to trigger the application of article 6(1) of Directive 2006/115 of 12 December 2006 on the rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property which allows Member States to derogate from the exclusive right established for public lending “provided that at least authors obtain a remuneration for such lending”. It is even the stated objective of the reasoning given that, in the Advocate General’s view, “[w]ithout the privileges which flow from a derogation from the exclusive lending right, libraries are [...] in danger of no longer being able to perpetuate, in the digital environment, the role which was always theirs in the era of printed books”.<sup>110</sup>

*El Tribunal de Justicia podría modificar los datos del debate. Una jurisdicción holandesa le ha sometido, en efecto, el 18 de abril de 2015, unas cuestiones prejudiciales a fin de saber en particular si el derecho de préstamo previsto por la directiva 2006/115 del 12 de diciembre de 2006 incluye el préstamo digital<sup>106</sup>, y el fiscal general Szpunar<sup>107</sup> ha propuesto responder afirmativamente sobre la base de un enfoque pragmático de la noción de préstamo análogo al adoptado por la sentencia Usedsoft<sup>108</sup> para la noción de distribución<sup>109</sup>. Está en juego algo importante ya que el reconocimiento de un derecho de préstamo digital permitiría poner en juego la aplicación del artículo 6.1 de la directiva 2006/115 del 12 de diciembre de 2006 relativa al derecho de alquiler y de préstamo y determinados derechos afines al derecho de autor en el campo de la propiedad intelectual, que autoriza a los Estados miembros derogar el derecho exclusivo previsto para el préstamo público “a condición de que los autores obtengan al menos una remuneración a título de ese préstamo”. Ese es incluso el objetivo anunciado del razonamiento, ya que el fiscal general afirma que “sin el beneficio de los privilegios derivados de una derogación del derecho exclusivo de préstamo, las bibliotecas corren el riesgo (...) de no estar ya en condiciones de seguir desempeñando, en el entorno digital, el papel que siempre ha sido suyo en la realidad del libro impreso”<sup>110</sup>.*

propositions législatives de l'Union afin notamment de "soutenir la consultation à distance, sur des réseaux électroniques fermés, d'ouvrages conservés dans les bibliothèques universitaires et de recherche et d'autres établissements analogues pour les activités de recherche et des études privées".

La Cour de justice pourrait modifier les données du débat. Une juridiction néerlandaise lui a, en effet, soumis le 18 avril 2015 des questions préjudicielles afin de savoir notamment si le droit de prêt prévu par la directive 2006/115 du 12 décembre 2006 inclut le prêt numérique<sup>106</sup>, et l'avocat général Szpunar<sup>107</sup> a proposé d'y répondre par l'affirmative sur la base d'une approche pratique de la notion de prêt analogue à celle retenue par l'arrêt *Usedsoft*<sup>108</sup> pour la notion de distribution<sup>109</sup>. L'enjeu est d'importance car la reconnaissance d'un droit de prêt numérique permettrait de déclencher l'application de l'article 6.1 de la directive 2006/115 du 12 décembre 2006, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, qui autorise les États membres à déroger au droit exclusif prévu pour le prêt public "à condition que les auteurs au moins obtiennent une rémunération au titre de ce prêt". C'est même l'objectif affiché du raisonnement, l'avocat général affirmant que "(s)ans le bénéfice des privilèges qui découlent d'une dérogation au droit exclusif de prêt, les bibliothèques risquent [...] de ne plus être en mesure de continuer à jouer, dans l'environnement numérique, le rôle qui a toujours été le leur dans la réalité du livre papier"<sup>110</sup>.

Having been negotiated over fifteen years ago, Directive 2001/29 obviously could not have addressed the case of text and data mining (or "TDM") which is a highly topical issue in the European Union, just as it is in the United States. To tell the truth, before even considering the creation of an exception/limitation to legitimize these practices, one should assess whether they bring authors' exclusive economic rights into play in the first place. Doubts are often expressed in this regard. For example, it has been argued that, as a matter of principle, it should not be possible for the acts of reproduction typically necessary for TDM<sup>111</sup> to be included within the scope of the exclusive right. The reasoning is exactly the same as the one that has been applied in the United States to legitimize this type of use and, as we saw earlier, has enjoyed a degree of success in case law. It is based on the following syllogism: copyright protection is afforded only to the form of a work; the sole purpose of the use is, by assumption, to extract the informational content from the work; therefore it does not constitute a use that is subject to the rightholder's consent.<sup>112</sup>

The argument does not defy logic. The debate is not dissimilar to the one that raged some twenty years ago on whether the transitory fixations necessary for the circulation of works on the digital networks had to be regarded as true reproductions for copyright purposes. In order to accept the application of the reproduction right, it was necessary to adopt a purely technical approach which could seem contrary to the *ratio legis* of authors' rights and there

*Negociada hace más de quince años, la directiva 1001/29 no podía evidentemente abordar el caso de la explotación (o "exploración") de los datos (text and data mining o TDM) que, como en Estados Unidos, está en el centro de la actualidad en la Unión Europea. A decir verdad, antes incluso de considerar la creación de una excepción-limitación para legitimar esas prácticas, puede entablarse un debate sobre el extremo de saber si entran en juego los derechos patrimoniales reconocidos a los autores. Se han formulado con frecuencia dudas sobre este punto. Así, se ha afirmado que, ateniéndose a los principios, los actos de reproducción lo más frecuentemente necesarios para la exploración<sup>111</sup> no deberían poder estar incluidos en la órbita del derecho exclusivo. El razonamiento es el mismo que el realizado en Estados Unidos para legitimar ese tipo de utilizaciones a título del fair use, y que ha tenido, como hemos visto antes, cierto éxito en jurisprudencia. Se basa en el silogismo siguiente: la protección del derecho de autor solo se concede a la forma de una obra; ahora bien, la utilización no trata, por hipótesis, sino de extraer el contenido informativo de esa obra; no constituye pues una explotación sometida al consentimiento del titular del derecho<sup>112</sup>.*

*La tesis no es un desafío a la lógica. El debate tiene cierta relación con el que arreció hace unos veinte años sobre el punto de saber si las fijaciones provisionales que implica la circulación de las obras en las redes digitales debían ser consideradas como verdaderas reproducciones en el sentido del derecho de autor. Para admitirlo, había que inscribirse en un enfoque puramente técnico que podía parecer contrario a la*

Négociée il y a plus de quinze ans, la directive 2001/29 ne pouvait évidemment aborder le cas de l'exploration (ou de la "fouille") des données (*text and data mining* ou *TDM*) qui, comme aux États-Unis, est au cœur de l'actualité dans l'Union européenne. À vrai dire, avant même d'envisager la création d'une exception-limitation pour légitimer ces pratiques, un débat peut se nouer sur le point de savoir si elles mettent en jeu les droits patrimoniaux reconnus aux auteurs. Un doute a souvent été émis sur ce point. Ainsi, il a été soutenu que, à s'en tenir aux principes, les actes de reproduction le plus souvent nécessaires à l'exploration<sup>111</sup> ne devraient pas pouvoir être compris dans l'orbite du droit exclusif. Le raisonnement est celui-là même qui a été mené aux États-Unis pour légitimer ce type d'utilisation au titre du *fair use*, et qui a connu, comme on l'a vu plus haut, un certain succès en jurisprudence. Il repose sur le syllogisme suivant : la protection du droit d'auteur n'est acquise qu'à la forme d'une œuvre; or l'utilisation ne vise, par hypothèse, qu'à extraire le contenu informationnel de cette œuvre; donc elle ne constitue pas une exploitation soumise au consentement du titulaire du droit<sup>112</sup>.

La thèse ne défie pas la logique. Le débat n'est pas sans rapport avec celui qui a fait rage il y a une vingtaine d'années sur le point de savoir si les fixations transitoires qu'implique la circulation des œuvres sur les réseaux numériques devaient être regardées comme de véritables reproductions au sens du droit d'auteur. Pour l'admettre, il fallait s'inscrire dans une approche purement technique qui pouvait apparaître comme

were many people who considered that such circulation should give rise to the application of the right of communication to the public only, in that they refused to identify – through an artificial segmentation of the process – separate acts of reproduction which would lead to all temporary fixations for transmitting information and, subsequently, all viewing of a work on the user's screen being subject to the rightholder's control.<sup>113</sup> In the case of text and data mining, the argument's starting point is the same. The work's reproduction is presented as a technical stage and not as an independent act of exploitation. The comparison with reading is often made in support of the analysis: it is explained in this way that a reader's visual identification of the information contained in a book is not subject to the author's consent<sup>114</sup> and that it should not be otherwise on the pretext that mining capabilities are increased by technology.<sup>115</sup>

However, as the specialists who defend this analysis themselves acknowledge,<sup>116</sup> this argument is not accepted in positive law.<sup>117</sup> Indeed, article 2 of Directive 2001/29 grants authors "the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part". There is nothing in this very condensed wording to suggest that only acts of reproduction directed towards a given purpose are subject to the exclusive right. While such a "functional" approach may have been accepted by the Court of Justice in the field of trademarks,<sup>118</sup> there has never been any proposal so far to extend that ruling to copyright, and such

*ratio legis del derecho de autor, y eran muchos los que consideraban que esta circulación debía dar lugar a la aplicación de únicamente el derecho de comunicación al público, negándose a identificar, a través de la segmentación artificial del proceso, actos distintos de reproducción que lleven a someter al control del titular todas las fijaciones provisionales que permiten dirigir las informaciones y, después, toda visualización de una obra en la pantalla del usuario<sup>113</sup>. En el caso de la exploración de los datos, el punto de partida del argumento es el mismo. La reproducción de la obra se presenta como una etapa técnica y no como un acto de explotación autónomo. La comparación con la lectura se evoca con frecuencia para apoyar el análisis: se explica así que la búsqueda visual por un lector de las informaciones contenidas en un libro no está subordinada al consentimiento del autor<sup>114</sup>, y que no debería ser de otra manera so pretexto de que las capacidades de exploración están aumentadas por la técnica<sup>115</sup>.*

*Pero como admiten los propios especialistas que defienden este análisis<sup>116</sup>, este no es admitido en derecho positivo<sup>117</sup>. El artículo 2 de la directiva 2001/29 reconoce en efecto al autor "el derecho exclusivo de autorizar o de prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma que sea, en todo o en parte". Nada en esta formulación muy sintética autoriza a afirmar que únicamente las reproducciones orientadas hacia una finalidad dada estén sometidas al derecho exclusivo. Tal enfoque "funcional" no pudo ser admitido por el Tribunal de Justicia a propósito del*

contraire à la *ratio legis* du droit d'auteur, et nombreux étaient ceux qui considéraient que cette circulation devait donner lieu à la mise en œuvre du seul droit de communication au public, refusant d'identifier, à travers une segmentation artificielle du processus, des actes distincts de reproduction conduisant à soumettre au contrôle du titulaire du droit toutes les fixations provisoires permettant d'acheminer les informations et, en aval, toute visualisation d'une œuvre sur l'écran de l'utilisateur<sup>113</sup>. Dans le cas de l'exploration des données, le point de départ de l'argumentation est le même. La reproduction de l'œuvre est présentée comme une étape technique et non comme un acte d'exploitation autonome. La comparaison avec la lecture est souvent convoquée à l'appui de l'analyse : on explique ainsi que le repérage visuel par un lecteur des informations contenues dans un livre n'est pas subordonné au consentement de l'auteur<sup>114</sup>, et qu'il ne devrait pas en aller autrement sous prétexte que les capacités d'exploration sont augmentées par la technique<sup>115</sup>.

Mais, comme en conviennent eux-mêmes les spécialistes qui défendent cette analyse<sup>116</sup>, celle-ci n'est pas reçue en droit positif<sup>117</sup>. L'article 2 de la directive 2001/29 reconnaît en effet à l'auteur le "droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie". Rien dans cette formulation très synthétique n'autorise à soutenir que seules les reproductions orientées vers une finalité donnée donnent prise au droit exclusif. Une telle approche "fonctionnelle" a pu être retenue par la Cour de justice à



an extension would challenge the principle – arising from the characterization as property – which, as we noted earlier, postulates in European Union law that authors should be entitled to all the economic benefits from their works, including those that they could not foresee when they created them.

Furthermore, the postulate advanced in support of the rationale may prove highly dangerous. If authors were deprived of the possibility of prohibiting all “orthogonal” use, defined as use that is “different to the purpose of the work itself”,<sup>119</sup> all sorts of reproductions (well beyond “caching”) would be legitimized in advance, thus leaving authors defenceless in the face of a major risk of the dissemination of works on the digital networks. It should be added that the argument would apply only to authorial copyright as such and not to the *sui generis* right granted to makers of databases under Directive 96/9 of 11 March 1996, particularly the “right of extraction” in article 7, which will be brought into play in most cases by the TDM techniques used.<sup>120</sup>

So, again, the solution needs to be sought through an exception. However, none of the ones listed in article 5 of Directive 2001/29 is capable of providing a general exemption for the acts of reproduction in question. This is true for the exception concerning transient fixations the application of which is subject

*derecho de marcas*<sup>118</sup>. *Todavía no se ha considerado nunca extenderlo al derecho de autor, y esa extensión pondría en tela de juicio el principio, derivado de la calificación de propiedad, que, como se ha dicho antes, postula en derecho de la Unión que están reservadas al autor todas las “utilidades económicas” de su obra, incluyendo las que no estaba en condiciones de prever cuando creó su obra.*

*Además, el postulado formulado para apoyar el razonamiento puede revelarse muy peligroso. Privar al autor de la facultad de prohibir toda utilización “ortogonal”, definida como la utilización “que tiene otra finalidad que la propia obra”<sup>119</sup>, sería legitimar de antemano toda clase de reproducciones (más allá del “caching”), y por lo tanto dejar al autor sin defensa ante un gran riesgo de diseminación de la obra en las redes digitales. A lo que hay que añadir que el argumento no sería válido más que para el derecho de autor como tal y no para el derecho sui generis reconocido al productor de bases de datos por la directiva 96/9 del 11 de marzo de 1996, más concretamente el “derecho de extracción” previsto por el artículo 7, que se encontrará con la mayor frecuencia puesto en tela de juicio por la técnicas de exploración utilizadas<sup>120</sup>.*

*Es pues forzoso, aquí también, buscar la solución a través de una excepción. Pero ninguna de las previstas en el artículo 5 de la directiva 2001/29 es susceptible de exonerar de forma general los actos de reproducción concernidos. Es cierto para la excepción relativa a las fijaciones transitorias cuya*

propos du droit de marque<sup>118</sup>. Il n'a encore jamais été envisagé de l'étendre au droit d'auteur, et cette extension remettrait en cause le principe, découlant de la qualification de propriété, qui, comme nous l'avons dit plus haut, postule en droit de l'Union que sont réservées à l'auteur toutes les "utilités économiques" de son œuvre, y compris celles qu'il n'était pas à même de prévoir lorsqu'il a créé son œuvre.

Au demeurant, le postulat avancé à l'appui du raisonnement peut se révéler très dangereux. Priver l'auteur de la faculté d'interdire tout usage "orthogonal", défini comme l'usage "ayant une autre finalité que l'œuvre elle-même"<sup>119</sup>, ce serait légitimer à l'avance toutes sortes de reproductions (bien au-delà du "caching"), et donc laisser l'auteur sans défense devant un risque majeur de dissémination de l'œuvre sur les réseaux numériques. À quoi il faut ajouter que l'argument ne vaudrait que pour le droit d'auteur en tant que tel et non pour le droit *sui generis* reconnu au producteur de base de données par la directive 96/9 du 11 mars 1996, plus spécialement le "droit d'extraction" prévu par l'article 7, lequel se trouvera le plus souvent mis en cause par les techniques d'exploration mises en œuvre<sup>120</sup>.

Force est donc, là encore, de rechercher la solution à travers une exception. Or aucune de celles prévues par l'article 5 de la directive 2001/29 n'est susceptible d'exempter de façon générale les actes de reproduction concernés. C'est vrai pour l'exception concernant les fixations

to conditions that are not to be found in the case of text and data mining.<sup>121</sup> It is also true as regards the exception for research purposes in article 5(3)(a) which can legitimize only uses “for the sole purpose of **illustration** for teaching or scientific research”.<sup>122</sup> If it is considered that the stakes involved justify a departure from the exclusive right, the only solution then is to create a new exception. Though opposed by traditional publishers, who prefer a contractual approach, it was suggested in the Hargreaves report<sup>123</sup> and the Reda report,<sup>124</sup> before being recommended by the European Parliament in its resolution of 9 July 2015.<sup>125</sup> The European Commission took up the idea in its communication of 9 December 2015.<sup>126</sup>

In the meantime, and without waiting for a revision of Directive 2001/29,<sup>127</sup> the UK legislature introduced such an exception in the Copyright, Designs and Patents Act 1988. Indeed, section 29A, introduced in 2014, provides that “[t]he making of a copy of a work by a person who has lawful access to the work does not infringe copyright in the work provided that – (a) the copy is made in order that a person who has lawful access to the work may carry out a computational analysis of anything recorded in the work for the sole purpose of research for a non-commercial purpose”. In France, the bill “for a digital Republic”, as adopted by the joint committee of the two houses on 29 June 2016 then passed by the National Assembly on 20 July (the committee’s text will be submitted to the Senate on 27 September), has done likewise by supplementing article L. 122-5 of the Intellectual Property Code to

*aplicación está subordinada a condiciones que no se encuentran en el caso de la exploración de datos<sup>121</sup>. Es cierto también para la excepción con fines de investigación considerada en el artículo 5.3 a), que no puede legitimar sino las utilizaciones “con fines exclusivos de **ilustración** en el marco de la enseñanza o de la investigación científica”<sup>122</sup>. Si se considera que lo que está en juego justifica dejar de lado el derecho exclusivo, la única solución es entonces crear una nueva excepción. Rechazada por los editores tradicionales, que prefieren la vía contractual, ha sido sugerida por el informe Hargreaves<sup>123</sup> y el informe Reda<sup>124</sup>, antes de ser recomendada por el Parlamento europeo en su resolución del 9 de julio de 2015<sup>125</sup>. La Comisión europea ha recogido la idea por su lado en su comunicación del 9 de diciembre de 2015<sup>126</sup>.*

*Mientras tanto, y sin esperar una modificación de la directiva 2001/29<sup>127</sup>, el legislador del Reino Unido ha introducido tal excepción en el Copyright, Designs and Patents Act de 1988. El artículo 29 A, introducido en 2014, prevé, en efecto, que “(t)he making of a copy of a work by a person who has lawful access to the work does not infringe copyright in the work provided that – (a) the copy is made in order that a person who has lawful access to the work may carry out a computational analysis of anything recorded in the work for the sole purpose of research for a non-commercial purpose”. En Francia, el proyecto de ley para una República digital, tal como fue adoptado por la comisión mixta paritaria el 29 de junio de 2016, y luego votado por la Asamblea nacional el 20 de julio (el texto de la comisión mixta paritaria será sometido al Senado el 27*

transitoires dont la mise en œuvre est subordonnée à des conditions qui ne se retrouvent pas dans le cas de l'exploration des données<sup>121</sup>. C'est vrai aussi pour l'exception à des fins de recherche visée à l'article 5.3 a), qui ne peut légitimer que des utilisations "à des fins exclusives d'**illustration** dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique"<sup>122</sup>. Si l'on considère que les enjeux justifient une mise à l'écart du droit exclusif, la seule solution est alors d'en créer une nouvelle. Récusée par les éditeurs traditionnels, qui préfèrent la voie contractuelle, elle a été suggérée par le rapport Hargreaves<sup>123</sup> et le rapport Reda<sup>124</sup>, avant d'être recommandée par le Parlement européen dans sa résolution du 9 juillet 2015<sup>125</sup>. La Commission européenne a repris l'idée à son compte dans sa communication du 9 décembre 2015<sup>126</sup>.

Entre-temps, et sans attendre une modification de la directive 2001/29<sup>127</sup>, le législateur du Royaume-Uni a introduit une telle exception dans le Copyright, Designs and Patents Act de 1988. L'article 29 A, inséré en 2014, prévoit, en effet, que "(t)he making of a copy of a work by a person who has lawful access to the work does not infringe copyright in the work provided that – (a) the copy is made in order that a person who has lawful access to the work may carry out a computational analysis of anything recorded in the work for the sole purpose of research for a non-commercial purpose". En France, le projet de loi pour une République numérique, tel qu'adopté par la commission mixte paritaire le 29 juin 2016, puis voté par l'Assemblée nationale le 20 juillet (le texte issu de la commission mixte paritaire sera soumis au Sénat le

provide that the author may not prohibit “[d]igital copies or reproductions made from a lawful source with a view to mining texts and data included in or associated with scientific literature for the needs of public research, excluding any commercial purpose”, and this exception has been extended *mutatis mutandis* under article L. 342-3 IPC to the *sui generis* right of makers of databases. Reference can also be made in this regard – even if the suggestion has not yet been implemented at the legislative level – to the official Irish report which proposes supplementing the fair dealing provisions of the Copyright and Related Rights Act 2000 to allow the act of “content-mining”, understood as “an algorithmic or technological process of analysis of a work or works, for the purposes of seeking to establish new facts, relationships, patterns, trends or anomalies, or for other similar or related purposes, in the work or works so analysed”.<sup>128</sup>

What remains is to “calibrate” this new exception so as to achieve the best possible trade-off between the public interest and the interests of rightholders. The first question that arises is whether it should be mandatory for Member States. To tell the truth, there is little doubt about the answer. Indeed, the existing optional exception for research purposes under article 5(3)(a) is criticized for not achieving any real harmonization: it has not been implemented in some Member States (Spain and the Netherlands) and has been crafted in very different ways in the others<sup>129</sup>, thereby creating distortions that penalize researchers subject to more stringent national laws.<sup>130</sup> The Commission

*de septiembre), ha hecho lo mismo completando el artículo L. 122-5 del Código de la propiedad intelectual para disponer que “las copias o reproducciones digitales realizadas a partir de una fuente lícita, con vistas a la exploración de textos y de datos incluidos o asociados en los escritos científicos para las necesidades de la investigación pública, con exclusión de toda finalidad comercial, excepción extendida mutatis mutandis al derecho su género del productor de bases de datos por el artículo L. 342-3”, Puede también citarse, aunque la sugerencia no haya tenido aun efecto en el plano legislativo, el informe oficial irlandés que propone completar el Copyright and Related Rights Act de 2000 para legitimar, a título del fair dealing, el acto de “content-mining” entendido como “an algorithmic or technological process of analysis of a work or works, for the purposes of seeking to establish new facts, relationships, patterns, trends or anomalies, or for other similar or related purposes, in the work or works so analysed”<sup>128</sup>.*

*Falta “calibrar” esta nueva excepción para realizar el mejor arbitraje posible entre el interés general y los intereses de los titulares de derechos. La primera cuestión que se plantea es la de saber si debe ser obligatoria para los Estados miembros. La respuesta, a decir verdad, no deja lugar a dudas. La excepción con fines de investigación actualmente prevista, a título facultativo, por el artículo 5.3 a) es criticada precisamente porque no realiza una verdadera armonización: no solo no ha sido transpuesta en algunos Estados miembros (España y Holanda), sino que ha sido diseñada en los demás Estados de forma muy*

27 septembre), a fait de même en complétant l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle pour disposer que l'auteur ne peut interdire "(l) es copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale", exception étendue, mutatis mutandis, au droit sui generis du producteur de base de données par l'article L.342-3°. On peut également citer, même si la suggestion n'a pas encore été suivie d'effet sur le plan législatif, le rapport officiel irlandais qui propose de compléter le Copyright and Related Rights Act de 2000 pour légitimer, au titre du *fair dealing*, l'acte de "*content-mining*" entendu comme "an algorithmic or technological process of analysis of a work or works, for the purposes of seeking to establish new facts, relationships, patterns, trends or anomalies, or for other similar or related purposes, in the work or works so analysed"<sup>128</sup>.

Reste à "calibrer" cette nouvelle exception afin de réaliser le meilleur arbitrage possible entre l'intérêt général et les intérêts des titulaires de droits. La première question qui se pose est de savoir si elle doit être obligatoire pour les États membres. La réponse, à vrai dire, ne fait guère de doute. L'exception à des fins de recherche actuellement prévue, à titre facultatif, par l'article 5.3 a) est précisément critiquée en ce qu'elle ne réalise aucune véritable harmonisation : non seulement elle n'a pas été transposée dans certains États membres (l'Espagne et les Pays-Bas), mais elle a été dessinée dans les autres de manière très diverse<sup>129</sup>, ce

clearly does not intend to perpetuate such a scenario. In its abovementioned communication of 9 December 2015, the Commission notes that “[t]he lack of a clear EU provision on TDM for scientific research purposes creates uncertainties in the research community”. To remedy this, it will inevitably propose a compulsory exception<sup>131</sup> which, logically, it will not be possible to frustrate by means of contractual clauses<sup>132</sup> or technological protection measures.<sup>133</sup> It is even easy to predict that the Commission will ensure that the exception is precisely framed in order to leave national legislatures as little freedom as possible.

Such a framework implies firstly a description of the exempted acts that is precise enough to achieve harmonization in practice, but without being so dependent on a particular state of technology that it may soon become obsolete.<sup>134</sup> It is hard for legislatures to find the right balance but it can be noted that the courts are confronted with the same question in the U.S. fair use system and are obliged to limit the scope of their decisions to the technical device at issue in the dispute.<sup>135</sup> Should the text refer specifically to text and data mining, like the one adopted in France by the joint committee of the two houses or the one proposed in the Irish draft, or should it keep to a more general approach like the one adopted by the UK legislature which refers to the concept of “computational

*diversa*<sup>129</sup>, lo cual crea distorsiones que penalizan a los investigadores sometidos a legislaciones nacionales más estrictas<sup>130</sup>. Es evidente que no es un esquema así lo que pretende perpetuar la Comisión. Esta, en su comunicación ya citada del 9 de diciembre de 2015, constata que “la falta de régimen claramente definido en materia de TDM con fines de investigación científica crea incertidumbre para los actores de la investigación”. Para remediarlo, se verá forzada a proponer una excepción obligatoria<sup>131</sup>, que, lógicamente, no podrá ser eliminada por cláusulas contractuales<sup>132</sup>, ni por medidas técnicas de protección<sup>133</sup>. Es incluso fácil prever que se cuidará de enmarcarla de forma precisa para dejar la menor libertad posible a los legisladores nacionales.

*Tal encuadramiento pasa primero por una descripción de los actos exonerados, bastante precisa para realizar concretamente la armonización, pero sin atenerse demasiado a un estado de la técnica que corre el riesgo de verse rebasado rápidamente*<sup>134</sup>. El equilibrio es difícil de encontrar para el legislador, pero se observará que, en el sistema del fair use americano, la misma cuestión se le plantea al juez, que está bien obligado a limitar el alcance de su decisión al dispositivo técnico objeto del litigio<sup>135</sup>. ¿Hay que apuntar específicamente a la exploración (o la búsqueda) de los datos, como en el texto adoptado en Francia por la comisión mixta paritaria antes citada o como se propone en el proyecto irlandés, o bien referirse a un

qui crée des distorsions pénalisant les chercheurs soumis à des législations nationales plus contraignantes<sup>130</sup>. De toute évidence, ce n'est pas un tel schéma qu'entend perpétuer la Commission. Celle-ci, dans sa communication précitée du 9 décembre 2015, constate que "(l)'absence de régime clairement défini en matière de TDM à des fins de recherche scientifique crée des incertitudes pour les acteurs de la recherche". Pour y remédier, elle sera forcément conduite à proposer une exception obligatoire<sup>131</sup>, laquelle, en bonne logique, ne pourra être tenue en échec par des clauses contractuelles<sup>132</sup>, non plus que par des mesures techniques de protection<sup>133</sup>. Il est même facile de prévoir qu'elle veillera à l'encadrer de façon précise pour laisser le moins de liberté possible aux législateurs nationaux.

Un tel encadrement passe d'abord par une description des actes exemptés, assez précise pour réaliser concrètement l'harmonisation, mais sans trop coller à un état de la technique qui risque d'être vite dépassé<sup>134</sup>. L'équilibre est difficile à trouver pour le législateur, mais on observera que, dans le système du *fair use* américain, la même question se pose au juge, qui est bien obligé de limiter la portée de sa décision au dispositif technique objet du litige<sup>135</sup>. Faut-il viser spécifiquement l'exploration (ou la fouille) des données, à l'instar du texte adopté en France par la commission mixte paritaire précitée, ou de celui proposé dans le projet irlandais, ou s'en tenir à une approche plus générale,



analysis”? In fact, each approach has its rationale.

It will also be necessary to delimit the exception by setting out the conditions to be fulfilled by “data miners”. With regard to the works involved, it is hard to see how a distinction – which would not only be arbitrary but also impossible to implement<sup>136</sup> – could be made between them. As to the beneficiaries, the Commission, in its abovementioned communication, refers solely to “public interest research organizations”,<sup>137</sup> a restriction that appears neither in the UK law nor in the Irish proposal. For its part, section 29A of the UK Copyright, Designs and Patents Act restricts the exception to the person “who has lawful access to the work” while the Irish proposal requires the reproduction to be made “by or on the directions of the owner or lawful user of the work”. It has rightly been pointed out that the concept of lawful user, already used in European Union law,<sup>138</sup> has been controversial.<sup>139</sup> In the United Kingdom, the Intellectual Property Office does not offer much insight by referring in an explanatory memorandum to a “lawful access to read any copyright material (whether under a licence or otherwise)” while making it clear that researchers “will still have to buy access to content if that is the rights holder’s model”.<sup>140</sup> A report drawn up for the European Commission suggested applying only the concept of lawful access,<sup>141</sup> defined as access authorized by the rightholder or by an existing exception, like the current exception for research purposes provided for in article 5(3)(a) of Directive 2001/29, and proposed that data made available on a website without any restriction should be considered freely minable.<sup>142</sup> Any

*enfoque más general, como ha decidido el legislador en el Reino Unido que utiliza la noción de “computational analysis”? Cada enfoque, en realidad, tiene su razón de ser.*

*Será también necesario dibujar el perímetro de la excepción enumerando las condiciones que deberá reunir “el explorador”. En lo relativo a las obras concernidas, no se ve cómo sería posible operar entre ellas una discriminación cualquiera, que sería arbitraria, y además imposible de aplicar<sup>136</sup>. En lo relativo a los beneficiarios, la Comisión ha evocado, en su comunicación antes citada, únicamente los “organismos de investigación de interés público”<sup>137</sup>, restricción que no se encuentra ni en la ley del Reino Unido, ni en el proyecto irlandés. El artículo 29 A del Copyright, Designs and Patents Act inglés reserva, por otro lado, el beneficio de la excepción a la persona “who has lawful access to the work”. El proyecto irlandés exige que la reproducción sea hecha “by or on the directions of the owner or lawful user of the work”. Se ha observado, con razón, que la noción de usuario legítimo, ya utilizada en derecho de la Unión<sup>138</sup>, prestaba a discusión<sup>139</sup>. En el Reino Unido, el Intellectual Property Office no ha aportado gran luz evocando, en un memorando explicativo, un “lawful access to read any copyright material (whether under a licence or otherwise)”, precisando al mismo tiempo que los investigadores “will still have to buy access to content if that is the rights holder’s model”<sup>140</sup>. Un informe elaborado por la Comisión europea ha sugerido tener en cuenta únicamente la noción de acceso lícito<sup>141</sup>, definido como el acceso autorizado por el titular del derecho o legitimado por una excepción existente, como la actual excepción con fines de investigación prevista por el*

comme l'a décidé le législateur au Royaume-Uni en se référant à la notion de "computational analysis"? Chaque approche, en réalité, a sa raison d'être.

Il faudra aussi dessiner le périmètre de l'exception en énumérant les conditions que devra remplir "l'explorateur". S'agissant des œuvres visées, on ne voit pas comment il serait possible d'opérer entre elles une quelconque discrimination, qui serait arbitraire, et d'ailleurs impossible à mettre en œuvre<sup>136</sup>. S'agissant des bénéficiaires, la Commission a, dans sa Communication précitée, visé uniquement les "organismes de recherche d'intérêt public"<sup>137</sup>, restriction qui ne se retrouve ni dans la loi du Royaume-Uni, ni dans le projet irlandais. L'article 29 A du Copyright, Designs and Patents Act anglais réserve, par ailleurs, le bénéfice de l'exception à la personne "who has lawful access to the work". Le projet irlandais exige que la reproduction soit faite "by or on the directions of the owner or lawful user of the work". Il a été observé, à juste titre, que la notion d'utilisateur légitime, déjà utilisée en droit de l'Union<sup>138</sup>, prêtait à discussion<sup>139</sup>. Au Royaume-Uni, l'Intellectual Property Office n'a pas apporté beaucoup de lumière en évoquant, dans un mémorandum explicatif, un "lawful access to read any copyright material (whether under a licence or otherwise)", tout en précisant que les chercheurs "will still have to buy access to content if that is the rights holder's model"<sup>140</sup>. Un rapport établi pour la Commission européenne a suggéré de prendre en compte la seule notion d'accès licite<sup>141</sup>, défini comme l'accès autorisé par le titulaire du droit ou légitimé par une exception existante, comme

uncertainty that may exist on this vital point needs to be removed as far as possible.

In line with the Reda report, the European Commission is considering a TDM proposal “for scientific research purposes” only. Similarly, the UK law and the text adopted by the joint committee of the two houses in France exclude all mining for commercial purposes. This restriction is justified because the public interest is more directly involved when the research has no commercial objective. This consideration already led to the exception in article 5(3)(a) of Directive 2001/29 being confined to research for a “non-commercial purpose”. It can also find support in the three-step test.<sup>143</sup> However, the observation has been made that the commercial purpose of the research is not incompatible with the public interest<sup>144</sup> and that, in any case, it is difficult to draw the boundary between the two if only because of the frequency of public/private partnerships.<sup>145</sup> An advantage of the U.S. system in this respect is that it avoids this sharp distinction by making the absence of a profit-making purpose a mere factor in favour of fair use. It is this flexibility that led one report to recommend extending the exception to any mining where the data are used “mainly for scientific research”,<sup>146</sup> although its authors themselves agree that the condition would not be easy to assess.<sup>147</sup>

*artículo 5.3 a) de la directiva 2001/29, y considerar que los datos accesibles sin restricción en un sitio Internet deben poder ser explotados libremente<sup>142</sup>. Convendrá disipar, en todo lo posible, cualquier incertidumbre sobre este punto capital.*

*En la línea del informe Reda, la Comisión europea considera una exploración limitada “con fines de investigación científica”. En el mismo sentido, la ley inglesa y el texto votado en Francia por la comisión mixta paritaria, excluyen toda exploración con fines comerciales. La restricción se justifica por la constatación de que el interés general está en juego más directamente cuando la investigación no tiene una finalidad comercial, consideración que ha llevado ya en el artículo 5.3 a) de la directiva 2001/29 a limitar la excepción a los fines de investigación “sin objetivo comercial”. Puede también apoyarse en el triple test<sup>143</sup>. Se ha observado sin embargo que la finalidad comercial de la investigación no es incompatible con el interés general<sup>144</sup> y que la frontera, en cualquier hipótesis, es muy difícil de trazar, aunque solo sea por la frecuencia de asociaciones entre el sector público y el sector privado<sup>145</sup>. Desde este punto de vista, el sistema americano tiene la ventaja de evitar esta oposición zanjada haciendo de la ausencia de finalidad lucrativa un simple indicio en favor del fair use. Es esta flexibilidad lo que ha llevado a recomendar en un informe la extensión de la excepción a toda exploración cuyos datos son utilizados “mainly for scientific research”<sup>146</sup>, pero sus autores admiten que la aplicación del criterio sería delicada<sup>147</sup>.*

l'actuelle exception à des fins de recherche prévue par l'article 5.3 a) de la directive 2001/29, et de considérer que des données accessibles sans restriction sur un site internet doivent pouvoir être explorées librement<sup>142</sup>. Il conviendra de dissiper, autant qu'il est possible, toutes les incertitudes sur ce point capital.

Dans la ligne du Rapport Reda, la Commission européenne envisage une exploration limitée "à des fins de recherche scientifiques". Dans le même sens, la loi anglaise et le texte voté en France par la commission mixte paritaire excluent toute exploration à des fins commerciales. La restriction se justifie par le constat que l'intérêt général est plus directement en cause lorsque la recherche n'a pas de finalité commerciale, considération qui a déjà conduit l'article 5.3 a) de la directive 2001/29 à cantonner l'exception aux fins de recherche à un "but non commercial". Elle peut également prendre appui sur le triple test<sup>143</sup>. On a, cependant, observé que la finalité commerciale de la recherche n'était pas incompatible avec l'intérêt général<sup>144</sup> et que la frontière, en toute hypothèse, était bien difficile à tracer, ne serait-ce qu'en raison de la fréquence des partenariats entre le secteur public et le secteur privé<sup>145</sup>. De ce point de vue, le système américain a l'avantage d'éviter cette opposition tranchée en faisant de l'absence de finalité lucrative un simple indice en faveur du *fair use*. C'est cette souplesse qui a conduit un rapport à recommander d'étendre l'exception à toute exploration dont les données sont utilisées "mainly for scientific research"<sup>146</sup>, mais ses auteurs conviennent eux-mêmes que le critère serait d'appréciation délicate<sup>147</sup>.

The economic implications of the operation must also be taken into account. This is similar to the fourth fair use factor (the effect of the use upon the potential market for or value of the work). It is a question firstly of ensuring that the results of the research permitted by TDM do not compete with the use of the mined work's expression, through communication to the public of what the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit described as "a significantly competing substitute"<sup>148</sup> in the *Google Books* case. It is also a question of taking a minimum number of precautions to limit the risk of dissemination, which justifiably worries rightholders. In the *Google Books* case, the authors argued that there was a risk that "hackers" might gain access to the Google system and make entire works available online. While conceding that the objection was serious and could lead to a finding against fair use, the Court, as indicated earlier, dismissed it in this case. It should be noted that section 29A of the UK Copyright, Designs and Patents Act prohibits any transfer of the copy to another person and any use of the copy for purposes other than TDM without the copyright owner's authorization, while the Irish proposal provides that, once the process has been completed, the reproduction must be "deleted, erased or otherwise destroyed". In France, the text adopted by the joint committee of the two houses provides that a decree will determine "the conditions under which text and data mining is carried out and the procedures governing the preservation and communication of the files produced on completion of the research activities for which [the copies or reproductions] were produced" and specifies that "these files shall constitute research data".

*Las implicaciones económicas de la operación también deben ser tenidas en cuenta. Aquí aparece el 4º factor del fair use (impacto de la utilización en el mercado potencial de la obra o en su valor). Se trata primero de evitar que los resultados de la investigación permitida por la exploración hagan la competencia a la explotación de la expresión de la obra explorada, por la comunicación al público de lo que el 2º circuito de apelación de Estados Unidos ha designado, en el pleito Google Books, como "a significantly competing substitute"<sup>148</sup>. Se trata después de tomar un mínimo de precauciones para limitar el riesgo de diseminación que preocupa, con razón, a los titulares de derechos. En el pleito Google Books, estos oponían el riesgo de ver a los "hackers" introducirse en el sistema Google y poner en línea las obras en su totalidad. Aunque admitiese que la objeción era seria y que podía llevar a excluir el fair use, el Tribunal la descartó en ese caso, como ya se ha dicho. Se observará que el artículo 29 del Copyright, Designs and Patents Act prohíbe, salvo autorización del titular del derecho de autor, toda transferencia de la copia a otra persona y toda utilización de dicha copia con otros fines distintos de la exploración, y que el proyecto irlandés prevé que una vez acabado el proceso, la reproducción debe ser "deleted, erased or otherwise destroyed". En Francia, el texto adoptado por la comisión mixta paritaria dispone que un decreto "fija las condiciones en las que se realiza la exploración de textos y de datos, así como las modalidades de conservación y de comunicación de los ficheros producidos al término de las actividades de investigación para las que (esas copias o reproducciones) han sido realizadas" y precisa que "esos ficheros constituyen datos de la investigación".*

Les incidences économiques de l'opération doivent également être prises en compte. Où l'on rejoint le 4<sup>e</sup> facteur du *fair use* (impact de l'utilisation sur le marché potentiel de l'œuvre ou sur sa valeur). Il s'agit d'abord d'éviter que les résultats de la recherche permise par l'exploration concurrencent l'exploitation de l'expression de l'œuvre explorée, à travers la communication au public de ce que le 2<sup>e</sup> circuit de la Cour d'appel des États-Unis a désigné, dans l'affaire *Google Books*, comme “*a significantly competing substitute*”<sup>148</sup>. Il s'agit ensuite de prendre un minimum de précautions pour limiter le risque de dissémination qui inquiète, à juste titre, les titulaires de droits. Dans l'affaire *Google Books*, ceux-ci opposaient le risque de voir des “*hackers*” pénétrer le système Google et mettre en ligne les œuvres dans leur intégralité. Tout en concédant que l'objection était sérieuse et qu'elle pouvait conduire à exclure le *fair use*, la Cour l'a écartée en l'espèce, comme il a été dit plus haut. On relèvera que l'article 29 du Copyright, Designs and Patents Act interdit, sauf l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, tout transfert de la copie à une autre personne et tout usage de ladite copie à des fins autres que l'exploration, et que le projet irlandais prévoit qu'une fois le processus achevé, la reproduction doit être “*deleted, erased or otherwise destroyed*”. En France, le texte adopté par la commission mixte paritaire dispose qu'un décret “fixe les conditions dans lesquelles l'exploration des textes et des données est mise en œuvre, ainsi que les modalités de conservation et de communication des fichiers produits au terme des activités de recherche pour lesquelles [ces copies ou

Lastly, there is the question of possible compensation. There is no provision for compensation in the exception for research purposes under article 5(3)(a) of Directive 2001/29. The Commission is not considering a different approach for the future TDM exception and this path has not been adopted in the UK law. The solution is logical in view of the condition that there should be no commercial purpose. However, some hesitation would be justified if the condition were relaxed or, *a fortiori*, removed because there would be no apparent reason why the miner should be the only one to reap the benefits of the economic value created in this way.<sup>149</sup>

All these choices are clearly political ones. From a European perspective, this warrants the decisions being entrusted to the legislator, even if the judiciary will necessarily have to use its discretionary power – including, as we have seen, in the name of the “effectiveness” of the exception – in interpreting a provision that will obviously not be able to cover every eventuality.

English translation by  
Margaret PLATT-HOMMEL)

*Se plantea finalmente la cuestión de una eventual compensación. Esta no está prevista por la excepción con fines de investigación considerada en el artículo 5.3 a) de la directiva 2001/29. La Comisión no proyecta razonar de otro modo para la futura excepción con fines de exploración, y la ley inglesa ha descartado esta pista. La solución es lógica considerando la condición de ausencia de finalidad comercial. Pero cabría dudar si esta condición se flexibilizase o, a fortiori, si fuera suprimida, ya que no se entendería por qué el explorador sería el único que se beneficiase del valor económico así creado<sup>149</sup>.*

*Como bien se ve, todas esas elecciones son políticas. Es lo que justifica, en la óptica europea, confiar esos arbitrajes al legislador, aunque el juez tendrá, por fuerza, que utilizar su poder de apreciación, incluso, como se ha visto, en nombre del “efecto útil” de la excepción, en la interpretación de un texto que no podrá evidentemente decirlo todo.*

(Traducción española de  
Antonio MUÑOZ)

reproductions] ont été produites” et précise que “ces fichiers constituent des données de la recherche”.

Se pose enfin la question d'une éventuelle compensation. Celle-ci n'est pas prévue pour l'exception à des fins de recherche visée à l'article 5.3 a) de la directive 2001/29. La Commission n'envisage pas de raisonner autrement pour la future exception aux fins d'exploration, et la loi anglaise a écarté cette piste. La solution est logique au regard de la condition d'absence de finalité commerciale. Mais l'hésitation serait permise si cette condition était assouplie ou, *a fortiori*, supprimée, car on ne comprendrait pas pourquoi l'explorateur serait le seul à profiter de la valeur économique ainsi créée<sup>149</sup>.

Tous ces choix, on le voit bien, sont politiques. C'est ce qui justifie, dans l'optique européenne, de confier ces arbitrages au législateur, même si le juge aura, par la force des choses, à user de son pouvoir d'appréciation, y compris, comme on l'a vu, au nom de “l'effet utile” de l'exception, dans l'interprétation d'un texte qui ne pourra évidemment tout dire.



NOTES

\*Professor Emeritus, Faculty of Law, University of Nantes.

\*\*Morton L. Janklow Professor of Literary and Artistic Property Law, Columbia University School of Law.

1. The decision regarded as being at the root of U.S. fair use is *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (No. 4,901) (CCD Mass. 1841).

2. 17 U.S.C. sec. 107.

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

4. 510 U.S. 569 (1994).

5. *Id.* at 579.

6. "[T]here is no protectable derivative market for criticism." *id.* at 592.

7. See 17 U.S.C. sec. 106(2).

8. *Id.* sec. 101 (emphasis added).

9. *Kienitz v. Sconnie Nation LLC*, 766 F.3d 756 (7<sup>th</sup> Cir. 2014) (Posner, J.).

10. See, for example, *Salinger v. Coulting*, 607 F.3d 68 (2d Cir. 2010).

11. P. Samuelson and Members of the Copyright Principles Project, 25 *Berkeley Technology Law Journal* (2010) 1175-1245, at p. 1211 ("for unlicensed uses of less than all or virtually all of a work, copyright law should require the copyright owner to prove commercial harm in order to prove infringement of the owner's exclusive rights"). See also Jane C. Ginsburg, *Copyright: No Longer a Property Right?* Media Institute IP Issues, <http://www.mediainstitute.org/IPI/2015/112415.php> (24 November 2015) (criticizing a requirement to prove harm but acknowledging that case law is already moving in that direction).

12. See, however, *European Copyright Code, The Wittem Project*, deLex, 2010, art. 5.5, providing for the possibility of permitting uses comparable to the ones covered by express exemptions if the three conditions of the three-step test are met.

13. See most recently CJEU, 5 March 2015, C-463/12, *Copydan Båndkopi v. Nokia Danmark*: *Comm. com. électr.* 2015, comm. 30, obs. C. Caron, para. 90 ("In those circumstances, contrary to what is claimed by the European Commission, Article 5(2)(b) of Directive 2001/29

NOTAS

\* Professeur émérite, Faculté de droit, Université de Nantes.

\*\* Morton L. Janklow Professor of Literary and Artistic Property Law, Columbia University School of Law.

1. La sentencia que se considera origen de la excepción de fair use es *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (No. 4,901) (CCD Mass. 1841).

2. 17 U.S.C. sec. 107.

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

4. 510 U.S. 569 (1994).

5. *Id.* en 579.

6. "[T]here is no protectable derivative market for criticism." *id.* en 592.

7. Ver 17 U.S.C. sec. 106(2).

8. *Id.* sec. 101 (el subrayado es nuestro).

9. *Kienitz v. Sconnie Nation LLC*, 766 F.3d 756 (7<sup>th</sup> Cir. 2014) (Posner, J.).

10. Ver, p. ej., *Salinger v. Coulting*, 607 F.3d 68 (2<sup>o</sup> Cir. 2010).

11. P. Samuelson and Members of the Copyright Principles Project, 25 *Berkeley Technology Law Journal* (2010), 1175-1245, en la p. 1211 ("for unlicensed uses of less than all or virtually all of a work, copyright law should require the copyright owner to prove commercial harm in order to prove infringement of the owner's exclusive rights"). Ver también, Jane C. Ginsburg, *Copyright: No Longer a Property Right?* Media Institute IP Issues, <http://www.mediainstitute.org/IPI/2015/112415.php> (24 de noviembre de 2015) (que critica una obligación de prueba del perjuicio, pero admite que la jurisprudencia evoluciona ya en ese sentido).

12. V. sin embargo *European Copyright Code, The Wittem Project*, deLex, 2010, art. 5.5, que prevé la posibilidad de eximir utilizaciones comparables a las cubiertas por derogaciones expresas desde el momento en que se verifican las tres etapas del test.

13. V. en último lugar TJUE, 5 de marzo de 2015, C-463/12, *Copydan Båndkopi c/ Nokia Danmark*: *Comm. com. électr.* 2015, com. 30, obs. C. Caron, punto 90 ("En esas condiciones, al contrario de lo que afirma la Comisión Europea, no hay que leer el artículo 5, párrafo 2, bajo b) de esta

**NOTES**

\* Professeur émérite, Faculté de droit, Université de Nantes.

\*\* Morton L. Janklow Professor of Literary and Artistic Property Law, Columbia University School of Law.

1. La décision considérée comme étant à la racine de l'exception de *fair use* est *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (No. 4,901) (CCD Mass. 1841).

2 17 U.S.C. sec. 107.

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

4. 510 U.S. 569 (1994)

5. *Id.* at 579.

6. "[T]here is no protectable derivative market for criticism." *id.* at 592.

7. Voir 17 U.S.C. sec. 106 (2).

8. *Id.* sec. 101 (c'est nous qui soulignons).

9. *Kienitz v. Sconnie Nation LLC*, 766 F.3d 756 (7<sup>th</sup> Cir. 2014) (Posner, J.)

10. Voir, par ex., *Salinger v. Coulting*, 607 F.3d 68 (2d Cir. 2010).

11. P. Samuelson and Members of the Copyright Principles Project, *25 Berkeley Technology Law Journal* (2010) 1175-1245, à la p.1211 ("for unlicensed uses of less than all or virtually all of a work, copyright law should require the copyright owner to prove commercial harm in order to prove infringement of the owner's exclusive rights"). Voir également, Jane C. Ginsburg, *Copyright : No Longer a Property Right?* Media Institute IP Issues, <http://www.mediainstitute.org/IP/2015/112415.php> (24 novembre 2015) (critiquant une obligation de preuve du préjudice, mais admettant que la jurisprudence évolue déjà dans ce sens).

12. V. cependant *European Copyright Code, The Wittem Project*, deLex, 2010, art.5.5, prévoyant la possibilité d'exempter des usages comparables à ceux couverts par des dérogations expresses dès lors que les trois étapes du test sont franchies.

13. V. en dernier lieu CJUE, 5 mars 2015, C-463/12, *Copydan Båndkopi c/Nokia Danmark* : *Comm. électr.* 2015, comm. 30, obs. C. Caron, pt 90 ("Dans ces conditions, contrairement à ce que soutient la Commission européenne, il n'y a pas lieu de lire l'article 5, paragraphe 2, sous b), de cette directive

should not be read in the light of Article 5(5) of the directive, as the latter provision is not intended either to affect the substantive content of provisions falling within the scope of Article 5(2) of that directive or, inter alia, to extend the scope of the different exceptions and limitations provided for therein"). See already CJEU, 10 April 2014, C-435/12, *ACI Adam BV and Others v. Stichting de Thuiskopie and Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding*: RIDA 2/2014, p. 278, obs. P. Sirinelli; *Comm. com. électr.* 2014, comm. 51, obs. C. Caron; *Propr. intell.* 2014, p. 276, obs. A. Lucas, para. 26.

14. See the abovementioned Directive 2001/29, art. 5(2)(a), (b) and (e).

15. Sec. 108(f)(4), dealing with reproduction by libraries, even elevates fair use to a "right" ("Nothing in this section in any way affects the right of fair use as provided by section 107").

16. See, for an illustration, Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 3 March 1992: RIDA 1/1994, p. 313; D. 1993, p. 358, note B. Edelman.

17. See most recently BGH, 29 April 2010, *Vorschaubilder*: GRUR 2010, p. 628; JIPITEC (*Journal of Intellectual Property, Information Technology*) 2010, p. 190.

18. See, *infra*, the Supreme Court's decision of 4 April 2016.

19. Hoge Raad, 20 Oct. 1995, *Dior v. Evora*: *Nederlandse Jurisprudentie* (NJ) 1996, p. 682, note J. Spoor; cited by P.-B. Hugenholtz, *Chronique des Pays-Bas/Dutch Copyright Law, 1990-1995*: RIDA 3/1996, pp. 128-194, at p. 180.

20. See, for the temporary reproduction exception, CJEC, 16 July 2009, C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*: A&M 2009/5, p. 521; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 97, obs. C. Caron; *Propr. intell.* 2009, p. 379, obs. V.-L. Benabou; *RTD com.* 2009, p. 715, obs. F. Pollaud-Dulian, paras. 56 to 58. See to this effect for the quotation exception, CJEU, 1 Dec. 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and Others*: *Légipresse* 2012, p. 161, note J. Antippas; *Propr. intell.* 2012, p. 30, obs. A. Lucas; *RTD com.* 2012, p. 118, obs. F. Pollaud-Dulian; D. 2012, p. 2837, obs. P. Sirinelli, para. 133; for the private copying exception: CJEU, 10 April 2014, C-435/12, *ACI Adam*, *supra*, para. 22.

21. See notably the Wittem Project, *supra*.

22. See amendments 132 (proposing that "the legal framework for copyright and related rights should be simplified and modernised by introducing an open standard relating to the interpretation of exceptions and limitations"), 288 (recalling that "Member States have a positive

*directiva a la luz del artículo 5, párrafo 5 de la misma, ya que esta última disposición no tiene por vocación afectar al contenido material de las disposiciones correspondientes al artículo 5, párrafo 2, de dicha directiva, ni, en particular, ampliar el alcance de las diferentes excepciones y restricciones que están previstas allí"). V. ya TJUE, 10 de abril de 2014, C-435/12, ACI Adam BV et al. c/ Stichting de Thuiskopie y Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding : RIDA n° 240, abril de 2014, p. 278, obs. P. Sirinelli; Comm. com. électr. 2014, com. 51, obs. C. Caron; Propr. intell. 2014, p. 276, obs. A. Lucas, punto 26.*

14. V. la directiva citada art. 5.2 a), b), y e).

15. El art. 108(f)(4), que concierne las reproducciones efectuadas por las bibliotecas, incluso erige el fair use en "derecho" ("Nothing in this section in any way affects the right of fair use as provided by section 107").

16. V. para una ilustración Cass. 1<sup>a</sup> civ., 3 de marzo de 1992 : RIDA n° 149, enero de 1994, p. 313; D. 1993, p. 358, nota B. Edelman.

17. V. en último lugar BGH, 29 de abril de 2010, *Vorschaubilder* : GRUR 2010, p. 628 ; JIPITEC (*Journal of Intellectual Property, Information Technology*) 2010, p.190.

18. V. *infra* la sentencia del Tribunal Supremo del 4 de abril de 2016.

19. Hoge Raad, 20 de octubre de 1995, *Dior v. Evora*: *Nederlandse Jurisprudentie* (NJ) 1996, p. 682, nota J. Spoor; citado por P.-B. Hugenholtz, *Crónica de Holanda*: RIDA n° 169, julio de 1996, p. 128-194, p.180.

20. V. para la excepción de reproducción provisional TJCE, 16 de julio de 2009, C-5/08, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening*: A&M 2009/5, p. 521; *Comm. com. électr.* 2009, com. 97, obs. C. Caron; *Propr. intell.* 2009, p. 379, obs. V.-L. Benabou; *RTD com.* 2009, p. 715, obs. F. Pollaud-Dulian, puntos 56 a 58. V. en ese sentido para la excepción de cita TJUE, 1 de diciembre de 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer c/ Standard VerlagsGmbH et al.* : *Légipresse* 2012, p. 161, nota J. Antippas; *Propr. intell.* 2012, p. 30, obs. A. Lucas; *RTD com.* 2012, p. 118, obs. Pollaud-Dulian; D. 2012, p. 2837, obs. P. Sirinelli, punto 133; para la excepción de copia privada TJUE, 10 de abril de 2014, C-435/12, *ACI*, antes citado, punto 22).

21. V. en particular el proyecto Wittem antes citado.

22. V. las enmiendas 132 (que propone "modernizar el marco jurídico relativo a los derechos de autor y los derechos afines introduciendo una norma abierta sobre la interpretación de las excepciones y de las restricciones"), 288 (que recuerda que "los Estados

à la lumière de l'article 5, paragraphe 5, de celle-ci, cette dernière disposition n'ayant pour vocation ni d'affecter le contenu matériel des dispositions relevant de l'article 5, paragraphe 2, de ladite directive ni, notamment, d'élargir la portée des différentes exceptions et restrictions qui y sont prévues"). V. déjà CJUE, 10 avr. 2014, C-435/12, *ACI Adam BV et autres c/Stichting de Thuiskopie et Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding* : *RIDA* n°240 avril 2014, p.279 obs. P. Sirinelli; *Comm. com. électr.* 2014, comm. 51, obs. C. Caron; *Propr. intell.* 2014, p.276, obs. A. Lucas, pt 26.

14. V. la directive précitée, art.5.2 a), b), et e).

15. L'art. 108 (f) (4), visant des reproductions faites par des bibliothèques, érige même le *fair use* en "droit" ("Nothing in this section in any way affects the right of fair use as provided by section 107").

16. V. pour une illustration Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 1992 : *RIDA* n°149 janv. 1994, p. 313; *D.* 1993, p.358, note B. Edelman.

17. V. en dernier lieu BGH, 29 avr. 2010, *Vorschaubilder* : *GRUR* 2010, p. 628; *JIPITEC (Journal of Intellectual Property, Information Technology)* 2010, p.190.

18. V. *infra* l'arrêt de la Cour suprême du 4 avril 2016.

19. Hoge Raad, 20 oct. 1995, *Dior v. Evora* : *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* 1996, p.682, note J. Spoor; cité par P.-B. Hugenholtz, *Chronique des Pays-Bas* : *RIDA* n°169 juillet 1996, p. 129-195, à la p.181.

20. V. pour l'exception de reproduction provisoire CJCE, 16 juill. 2009, C- 5/08, *Infopaq International A/S c/Danske Dagblades Forening* : *A & M* 2009/5, p. 521; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 97, obs. C. Caron; *Propr. intell.* 2009, p. 379, obs. V.-L. Benabou; *RTD com.* 2009, p. 715, obs. F. Pollaud- Dulian, pts 56 à 58. V. en ce sens pour l'exception de citation CJUE, 1<sup>er</sup> déc. 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer c/Standard VerlagsGmbH et a.* : *Légipresse* 2012, p.161, note J. Antippas; *Propr. intell.* 2012, p.30, obs. A. Lucas; *RTD com.* 2012, p.118, obs. Pollaud-Dulian; *D.* 2012, p.2837, obs. P. Sirinelli, pt 133; pour l'exception de copie privée : CJUE, 10 avr. 2014, C-435/12, *ACI*, préc., pt 22).

21. V. notamment le projet Wittem précité.

22. V. les amendements 132 (proposant de "moderniser le cadre juridique relatif aux droits d'auteur et aux droits voisins en introduisant une norme ouverte sur l'interprétation des exceptions et des restrictions"), 288 (rappelant que "les États membres sont "tenus de fournir un système solide et

obligation to provide for a robust and flexible system of copyright exceptions and limitations in order to honour their human rights obligations”) and 376 (calling for “a flexible interpretation of exceptions and limitations to exclusive rights, allowing to apply exceptions and limitations to uses that are similar to the ones in the original legal provisions, thereby ensuring that exceptions and limitations can be adapted to new forms of usage emerging due to technological change”).

23. <https://juliareda.eu/2015/06/reda-report-adopted-a-turning-point-in-the-copyright-debate/>, visited 9 May 2016.

24. *Comp. Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.* 104 F.2d 661, 662 (2d Cir. 1939): “the issue of fair use [...] is the most troublesome in the whole law of copyright”.

25. See to this effect P. Samuelson, *Unbundling Fair Uses*: 77 *Fordham Law Review* (2009) 2537-2621, at p. 2541 (“This Article argues that fair use law is both more coherent and more predictable than many commentators have perceived once one recognizes that fair use cases tend to fall into common patterns, or what this Article will call policy-relevant clusters”). But see June Besek, Jane C. Ginsburg, Philippa Loengard, *Comments on ALRC Discussion Paper 79, Copyright and the Digital Economy* [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2344338](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344338) (31 July 2013) (“We are not suggesting that reasonable judgments cannot be made about whether a particular use is fair; certainly experienced practitioners make such judgments daily. But fair use decisions are often complicated, and advice frequently depends as much on the amount of risk the user is willing to undertake as it does on the evaluation of the substantive law. Our point is not that fair use caselaw absolutely resists synthesis, but rather that the synthesis most successfully occurs at a high level of abstraction; individual actors, by contrast, need to know whether their particular plans will run afoul of the law.”).

26. See on the subject M. Martin-Prat, *The Future of Copyright in Europe*, 38 *Columbia Journal of Law & Arts* (2014) 29-47, at p. 43 (“In my view, it would not be unthinkable to give a larger degree of flexibility to judges in European countries when determining if certain uses should or should not be restricted by copyright. The question under this hypothetical scenario – and it is not a minor one – is how to avoid courts in different member states from going in very different directions”).

27. See for the temporary reproduction exception, CJEU, 4 Oct. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League and Others v. QC Leisure and Others*, and C-429/08, *Karen Murphy v. Media Protection Service*. *Comm. com. électr.* 2011,

*miembros están obligados a dar un sistema sólido y flexible de excepciones y de limitaciones al derecho de autor para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos”) y 376 (que pide “una interpretación flexible de las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos que permita aplicar excepciones y limitaciones a usuarios semejantes a los previstos en las disposiciones jurídicas de origen, permitiendo así la adaptación de las excepciones y limitaciones a nuevas formas de utilización engendradas por la evolución tecnológica”).*

23. <https://juliareda.eu/2015/06/reda-report-adopted-a-turning-point-in-the-copyright-debate/>, visitado el 9 de mayo de 2016.

24. *Comp. Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.* 104 F.2d 661, 662 (2º Cir. 1939): “the issue of fair use (...) is the most troublesome in the whole law of copyright”.

25. *V. en ese sentido P. Samuelson, Unbundling Fair Uses*: 77 *Fordham Law Review* (2009) 2537-2621, en la p. 2541 (“This Article argues that fair use law is both more coherent and more predictable than many commentators have perceived once one recognizes that fair use cases tend to fall into common patterns, or what this Article will call policy-relevant clusters”). *Pero ver June Besek, Jane C. Ginsburg, Philippa Loengard, Comments on ALRC Discussion Paper 79, Copyright and the Digital Economy* [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2344338](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344338) (31 de julio de 2013) (“We are not suggesting that reasonable judgments cannot be made about whether a particular use is fair; certainly experienced practitioners make such judgments daily. But fair use decisions are often complicated, and advice frequently depends as much on the amount of risk the user is willing to undertake as it does on the evaluation of the substantive law. Our point is not that fair use caselaw absolutely resists synthesis, but rather that the synthesis most successfully occurs at a high level of abstraction; individual actors, by contrast, need to know whether their particular plans will run afoul of the law.”).

26. *V. sobre este punto M. Martin-Prat, The Future of Copyright in Europe*, 38 *Columbia Journal of Law & Arts* (2014) 29-47, en la p. 43 (“In my view, it would not be unthinkable to give a larger degree of flexibility to judges in European countries when determining if certain uses should or should not be restricted by copyright. The question under this hypothetical scenario – and it is not a minor one – is how to avoid courts in different member states from going in very different directions”).

27. *V. para la excepción de reproducción provisional TJUE, 4 de octubre de 2011, C-403/08, Football Association Premier League et al. c/ QC Leisure et al. y C-429/08, Karen Murphy c/ Media Protection Service*. *Comm. com. électr.* 2011, *com.*

flexible d'exceptions et de limitations au droit d'auteur afin d'honorer leurs obligations en matière de droits humains") et 376 (demandant "une interprétation souple des exceptions et limitation aux droits exclusifs permettant d'appliquer des exceptions et limitations à des usages similaires à ceux prévus dans les dispositions juridiques d'origine, permettant ainsi l'adaptation des exceptions et limitations à de nouvelles formes d'usage engendrées par l'évolution technologique").

23. <https://juliareda.eu/2015/06/redda-report-adopted-a-turning-point-in-the-copyright-debate/>, visité le 9 mai 2016.

24. Comp. *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.* 104 F.2d 661, 662 (2d Cir. 1939) : "the issue of fair use [...] is the most troublesome in the whole law of copyright".

25. V. en ce sens P. Samuelson, *Unbundling Fair Uses* : 77 *Fordham Law Review* (2009) 2537-2621, à la p.2541 ("This Article argues that fair use law is both more coherent and more predictable than many commentators have perceived once one recognizes that fair use cases tend to fall into common patterns, or what this Article will call policy-relevant clusters"). Mais voir June Besek, Jane C. Ginsburg, Philippa Loengard, *Comments on ALRC Discussion Paper 79, Copyright and the Digital Economy* [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2344338](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344338) (31 juillet 2013) ("We are not suggesting that reasonable judgments cannot be made about whether a particular use is fair; certainly experienced practitioners make such judgments daily. But fair use decisions are often complicated, and advice frequently depends as much on the amount of risk the user is willing to undertake as it does on the evaluation of the substantive law. Our point is not that fair use caselaw absolutely resists synthesis, but rather that the synthesis most successfully occurs at a high level of abstraction; individual actors, by contrast, need to know whether their particular plans will run afoul of the law.")

26. V. sur ce point M. Martin-Prat, *The Future of Copyright in Europe*, 38 *Columbia Journal of Law & Arts* (2014) 29-47, à la p.43 ("In my view, it would not be unthinkable to give a larger degree of flexibility to judges in European countries when determining if certain uses should or should not be restricted by copyright. The question under this hypothetical scenario – and it is not a minor one – is how to avoid courts in different member states from going in very different directions").

27. V. pour l'exception de reproduction provisoire CJUE, 4 oct. 2011, C-403/08, *Football Association Premier League et a. c/QC Leisure et a. et C-429/08, Karen Murphy c/Media Protection Service : Comm. électr.* 2011, comm. 110, obs. C. Caron; *JCP G* 2011, 1296, note F. Buy et J.-C. Roda; *JCP E*

comm. 110, obs. C. Caron; *JCP G* 2011, 1296, note F. Buy & J.-C. Roda; *JCP E* 2011, 1810, note P. Wilhelm & V. Lévy; *JCP E* 2012, 1461, no. 11, obs. A. Zollinger; *Europe* 2011, comm. 459, obs. L. Idot; *RTD com.* 2011, p. 744, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2011, p. 855, obs. E. Treppoz; *Propr. intell.* 2012, p. 51, obs. V.-L. Benabou, para. 163. See also for the parody exception, CJEU, 3 Sept. 2014, C-201/13, *John Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v. Helena Vandersteen and Others*; *Comm. com. électr.* 2014, comm. 82, obs. C. Caron; *D.* 2014, p. 2097, note B. Galopin; *Légipresse* 2014, p. 604, note N. Blanc; *Propr. intell.* 2014, p. 393, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2014, p. 815, obs. F. Pollaud-Dulian, para. 23.

28. Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 14 June 2005: *JCP G* 2005, IV, 2746; *Propr. intell.* 2005, p. 438, 2<sup>nd</sup> ruling, obs. A. Lucas.

29. CJEU, 11 Sept. 2014, C-117/13, *Technische Universität Darmstadt v. Eugen Ulmer KG*; *Comm. com. électr.* 2014, comm. 83, obs. C. Caron; *Légipresse* 2014, p. 611, note J.-M. Bruguière; *Propr. intell.* 2015, p. 53, obs. C. Bernault; *RTD com.* 2014, p. 810, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2014, p. 965, obs. E. Treppoz. See on this ruling C. Morgan, [2015] *EIPR* 107-111.

30. E. Treppoz, obs. *supra*.

31. 537 U.S. 186 (2003).

32. 132 S. Ct. 873 (2012).

33. 537 U.S. at p. 221. "To the extent such assertions [of the right to make other people's speeches] raise First Amendment concerns, copyright's built-in free speech safeguards are generally adequate to address them."

34. In *Eldred*, the Court criticized the Court of Appeals for declaring copyright to be categorically immune from challenges under the First Amendment, thereby retaining the possibility of using the latter in the event that the system itself did not correct an application of copyright undermining free speech.

35. *Berlin v. E.C. Pubs.*, 329 F.2d 541, 544 (2d Cir. 1964). Similarly, see, e.g., *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 251 (2d Cir. 2006), ("The ultimate test of fair use ... is whether the copyright law's goal of 'promoting the Progress of Science and useful Arts,' U.S. Const., art. I, § 8, cl. 8, 'would be better served by allowing the use than by preventing it.'")

36. See, e.g., *Kraft v. Kobler*, 667 F.Supp. 120 (SDNY 1987).

37. *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992).

110, obs. C. Caron; *JCP G* 2011, 1296, nota F. Buy & J.-C. Roda; *JCP E* 2011, 1810, nota P. Wilhelm & V. Lévy; *JCP E* 2012, 1461, n° 11, obs. A. Zollinger; *Europe* 2011, com. 459, obs. L. Idot; *RTD com.* 2011, p. 744, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2011, p. 855, obs. E. Treppoz; *Propr. intell.* 2012, p. 51, obs. V.-L. Benabou, punto 163. V. también para la excepción de parodia TJUE, 3 de septiembre de 2014, C-201/13, *John Deckmyn y Vrijheidsfonds VZW c/ Helena Vandersteen et al.*; *Comm. com. électr.* 2014, com. 82, obs. C. Caron; *D.* 2014, p. 2097, nota B. Galopin; *Légipresse* 2014, p. 604, nota N. Blanc; *Propr. intell.* 2014, p. 393, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2014, p. 815, obs. F. Pollaud-Dulian, punto 23.

28. Cass. 1<sup>st</sup> civ., 14 de junio de 2005: *JCP G* 2005, IV, 2746; *Propr. intell.* 2005, p. 438, 2<sup>a</sup> sentencia, obs. A. Lucas.

29. TJUE, 11 de septiembre de 2014, C-117/13, *Technische Universität Darmstadt c/ Eugen Ulmer KG*; *Comm. com. électr.* 2014, com. 83, obs. C. Caron; *Légipresse* 2014, p. 611, nota J.-M. Bruguière; *Propr. intell.* 2015, p. 53, obs. C. Bernault; *RTD com.* 2014, p. 810, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2014, p. 965, obs. E. Treppoz. V. sobre esta sentencia C. Morgan, [2015] *EIPR* 107-111.

30. E. Treppoz, obs. *cit.*

31. 537 U.S. 186 (2003).

32. 132 S. Ct. 873 (2012).

33. 537 U.S. en la página 221. "To the extent such assertions [of the right to make other people's speeches] raise First Amendment concerns, copyright's built-in free speech safeguards are generally adequate to address them".

34. En *Eldred* el Tribunal criticó al tribunal de apelación por haber declarado que el derecho de autor estaba totalmente al abrigo de la primera enmienda, guardando así la posibilidad de utilizar esta en el caso en que no hubiera autocorrección por el sistema de una aplicación del derecho de autor que causara un perjuicio a la libertad de expresión.

35. *Berlin v. E.C. Pubs.*, 329 F.2d 541, 544 (2d Cir. 1964). Igualmente, ver, p. ej., *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 251 (2d Cir. 2006), ("The ultimate test of fair use... is whether the copyright law's goal of 'promoting the Progress of Science and useful Arts,' U.S. Const., art. I, § 8, cl. 8, 'would be better served by allowing the use than by preventing it'").

36. Ver, p. ej., *Kraft v. Kobler*, 667 F.Supp. 120 (SDNY 1987).

37. *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2<sup>o</sup> Cir. 1992).

2011, 1810, note P. Wilhelm et V. Lévy; *JCP E* 2012, 1461, n°11, obs. A. Zollinger; *Europe* 2011, comm. 459, obs. L. Idot; *RTD com.* 2011, p. 744, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2011, p. 855, obs. E. Treppoz; *Propr. intell.* 2012, p. 51, obs. V.-L. Benabou, pt 163. V. aussi pour l'exception de parodie CJUE, 3 sept. 2014, C-201/13, *John Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW c/Helena Vandersteen et autres* : *Comm. com. électr.* 2014, comm. 82, obs. C. Caron; *D.* 2014, p.2097, note B. Galopin; *Légipresse* 2014, p.604, note N. Blanc; *Propr. intell.* 2014, p.393, obs. J.-M. Bruguère; *RTD com.* 2014, p.815, obs. F. Pollaud-Dulian, pt 23.

28. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2005 : *JCP G* 2005, IV, 2746; *Propr. intell.* 2005, p.438, 2<sup>e</sup> arrêt, obs. A. Lucas.

29. CJUE, 11 sept. 2014, C-117/13, *Technische Universität Darmstadt c/Eugen Ulmer KG* : *Comm. com. électr.* 2014, comm. 83, obs. C. Caron; *Légipresse* 2014, p.611, note J.-M. Bruguère; *Propr. intell.* 2015, p.53, obs. C. Bernault; *RTD com.* 2014, p.810, obs. F. Pollaud-Dulian; *RTD eur.* 2014, p.965, obs. E. Treppoz. V. sur cet arrêt C. Morgan, [2015] *EIPR* 107-111.

30. E. Treppoz, obs. préc.

31. 537 U.S. 186 (2003).

32. 132 S. Ct. 873 (2012).

33. 537 U.S. à la page 221. "To the extent such assertions [of the right to make other people's speeches] raise First Amendment concerns, copyright's built-in free speech safeguards are generally adequate to address them."

34. Dans *Eldred* la Cour a critiqué la Cour d'appel pour avoir déclaré le droit d'auteur totalement à l'abri du premier amendement, gardant ainsi la possibilité d'utiliser celui-ci au cas où il n'y aurait pas d'autocorrection par le système d'une application du droit d'auteur portant atteinte à la liberté d'expression.

35. *Berlin v. E.C. Pubs.*, 329 F.2d 541, 544 (2d Cir. 1964). De même, voir, par ex. *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 251 (2d Cir. 2006)., ("The ultimate test of fair use... is whether the copyright law's goal of 'promoting the Progress of Science and useful Arts,' U.S. Const., art. I, § 8, cl. 8, 'would be better served by allowing the use than by preventing it.'")

36. Voir, par ex., *Kraft v. Kobler*, 667 F.Supp. 120 (SDNY 1987).

37. *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992).



38. *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 253 (2d Cir. 2006).

39. *Id.* at 262 (Katzmann, J.).

40. 714 F.3d at 707.

41. See, e.g., *Seltzer v. Green Day, Inc.*, 725 F.3d 1170 (9th Cir. 2013) (holding that a pictorial work's incorporation in full in a video backdrop of a rock music concert was transformative and thus fair use); *TCA TV Corp. v. McCollum*, 2015 U.S. Dist. LEXIS 168934 (SDNY, 17 December 2015) (accepting the transformative character of a dramatic work that used substantial material from the dialogues of a film because the author of the play had totally changed the context in which the character repeated the words of the film's actors, and disregarding the market for licensing use of the dialogues).

42. C. Geiger et al., Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur: *A&M* 2008/6, p. 516; *Propr. intell.* 2008, p. 399.

43. A. Lucas, Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou: *A&M* 2009/3, pp. 227-240.

44. See in particular P.B. Hugenholtz, Copyright and Freedom of Expression in Europe, in *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, R.C. Dreyfuss, D.L. Zimmerman & H. First (eds), Oxford University Press, 2001, pp. 343-363. See already, raising the problem, M. Löffler, *Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts: NJW* (Neue Juristische Wochenschrift) 1980, pp. 201-205.

45. BVerfG (Bundesverfassungsgericht), 29 June 2000: *GRUR* 2001, p. 149.

46. OGH (Oberster Gerichtshof), 12 June 2001, *Medienprofessor: GRUR Int.* 2002, p. 341. See also OGH, 20 May 2003, *Schüssels Dornenkronen II: MR (Medien und Recht)* 2003, p. 387, note M. Walter (newspaper report concerning the substance of a political report in another newspaper – use accepted by the Court).

47. *Gerechthof's-Gravenhage*, 4 Sept. 2003: *A&M* 1/2004, p. 44, note G. Gathem & A. Strowel; *Propr. intell.* 2004, p. 834, obs. M. Vivant.

48. BGH (Bundesgerichtshof), 24 Jan. 2002, *Verhüllter Reichstag: GRUR* 2002, p. 605. Challenging this assertion, see the ruling of the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) in the *Kraftwerk* case cited *infra*.

49. OGH 9 Dec. 1997, *Karikaturwiedergabe: GRUR Int.* 1998, p. 896.

38. *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 253 (2° Cir. 2006).

39. *Id.* en 262 (Katzmann, J.)

40. 714 F.3d en la página 707.

41. *Ver. p. ej.*, *Seltzer v. Green Day, Inc.*, 725 F.3d 1170 (9th Cir. 2013) (que declara transformativa y por lo tanto fair use la incorporación íntegra de una obra pictórica en un video que acompañaba la ejecución de un concierto de música rock); *TCA TV Corp. v. McCollum*, 2015 U.S. Dist. LEXIS 168934 (SDNY, 17 de diciembre de 2015) (que admite el carácter transformador de una obra dramática que incluía un extracto sustancial de los diálogos de un filme porque el autor de la obra había cambiado totalmente el marco en el que su personaje repetía las palabras de los actores del filme, haciendo abstracción del mercado para la concesión de licencias para la utilización de los diálogos).

42. C. Geiger et al., Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur: *A&M* 2008/6, p. 516; *Propr. intell.* 2008, p. 399.

43. A. Lucas, Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou: *A&M* 2009/3, p. 227-240.

44. V. sobre todo P.B. Hugenholtz, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, R.C. Dreyfuss, D.L. Zimmerman y H. First (eds.), Oxford University Press, 2001, p. 343-363. V. ya, planteando el problema, M. Löffler, *Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts: NJW* (Neue Juristische Wochenschrift) 1980, p. 201-205.

45. BVerfG (Bundesverfassungsgericht), 29 de junio de 2000: *GRUR* 2001, p.149.

46. OGH (Oberster Gerichtshof), 12 de junio de 2001, *Medienprofessor: GRUR Int.* 2002, p. 341. V. también OGH, 20 de mayo de 2003, *Schüssels Dornenkronen II: MR (Medien und Recht)* 2003, p. 387, nota M. Walter (reportaje en un periódico sobre el contenido de un informe político de otra publicación, utilización admitida por el tribunal).

47. *Gerechthof's-Gravenhage*, 4 de septiembre de 2003: *A&M* 1/2004, p. 44, nota G. Gathem y A. Strowel; *Propr. intell.* 2004, p. 834, obs. M. Vivant.

48. BGH (Bundesgerichtshof) 24 de enero de 2002, *Verhüllter Reichstag: GRUR* 2002, p.605. Sobre la puesta en tela de juicio de esta afirmación de principio, v. la sentencia del Tribunal Constitucional (Bundesverfassungsgericht) en el pleito *Kraftwerk*, citado *infra*.

49. OGH 9 de diciembre de 1997, *Karikaturwiedergabe: GRUR Int.* 1998, p. 896.

38. *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 253 (2d Cir. 2006).
39. *Id.* at 262 (Katzmann, J.)
40. 714 F.3d à la page 707.
41. Voir, par ex., *Seltzer v. Green Day, Inc.*, 725 F.3d 1170 (9th Cir. 2013) (réputant transformative et donc fair use l'incorporation intégrale d'une œuvre picturale dans un vidéo accompagnant l'exécution d'un concert de musique rock); *TCA TV Corp. v. McCollum*, 2015 U.S. Dist. LEXIS 168934 (SDNY, 17 décembre 2015) (retenant le caractère transformateur d'une œuvre dramatique que reprenait un extrait substantiel des dialogues d'un film parce que l'auteur de la pièce avait totalement changé le cadre dans lequel son personnage répétait les mots des acteurs du film, et faisant abstraction du marché pour la concession de licences pour la reprise des dialogues).
42. C. Geiger et al., Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur : *A & M* 2008/6, p.516; *Propr. intell.* 2008, p.399.
43. A. Lucas, Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou : *A & M* 2009/3, p. 227-240.
44. V. surtout P.B. Hugenholtz, Copyright and Freedom of Expression in Europe, in *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, R.C. Dreyfuss, D.L. Zimmerman et H. First (eds), Oxford University Press, 2001, p.343-363. V. déjà, posant le problème, M. Löffler, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts : *NJW* (Neue Juristische Wochenschrift) 1980, p.201-205.
45. BVerfG (Bundesverfassungsgericht), 29 juin 2000 : *GRUR* 2001, p.149.
46. OGH (Oberster Gerichtshof), 12 juin 2001, *Medienprofessor* : *GRUR Int.* 2002, p.341. V. aussi OGH, 20 mai 2003, *Schüssels Dornenkronen II* : *MR (Medien und Recht)* 2003, p.387, note M. Walter (reportage dans un journal concernant le teneur d'un rapport politique dans une autre gazette, utilisation admise par la Cour).
47. Gerechthof's-Gravenhage, 4 sept. 2003 : *A & M* 1/2004, p.44, note G. Gathem et A. Strowel; *Propr. intell.* 2004, p.834, obs. M. Vivant.
48. BGH (Bundesgerichtshof) 24 janv. 2002, *Verbüllter Reichstag* : *GRUR* 2002, p.605. Sur la remise en cause de cette affirmation de principe, v. l'arrêt de Cour constitutionnelle (Bundesverfassungsgericht) dans l'affaire *Kraftwerk*, cité *infra*.
49. OGH 9 déc. 1997, *Karikaturwiedergabe* : *GRUR Int.* 1998, p.896.

50. *Ashdown v. Telegraph Group Ltd*, High Court, Chancery Division, 18 July 2001; *ELMR* 2001, p. 44; *Comm. com. électr.* 2001, Act. 72; cited by W. Cornish & C. Seville, *Chronique du Royaume-Uni/Developments in United Kingdom Copyright Law: RIDA* 4/2001, pp. 304-356, at p. 334.

51. Cass., 25 Sept. 2003: *A&M* 1/2004, p. 29.

52. Unofficial translation from the Dutch. See also, repeating the terms of the Court of Cassation's ruling, CA Brussels, 9<sup>th</sup> Ch., 5 May 2011, *Copiepress*: *RIDA* 3/2011, p. 428, obs. P. Sirinelli; *Propr. intell.* 2011, p. 300, obs. A. Lucas, para. 58. See to this effect, concerning a work of conceptual art that involved attaching tape with the word "Kijkverbod" ("Looking forbidden") round a sculpture, CA Antwerp, 1<sup>st</sup> Ch., 29 March 2010: *A&M* 2010/5-6, p. 489, note Ph. Campolini & B. Michaux, holding (§ 4.2.2.10) that restrictions on freedom of expression are "clearly" ("duidelijk") justified by copyright law. Comp., more qualified, CA Brussels, 24<sup>th</sup> Ch., 11 May 2012: *A&M* 2012/4/2, p. 105, making the right to freedom of expression yield to a photographer's copyright, but taking care to balance the two rights.

53. Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 13 Nov. 2003, *Utrillo: JCP G* 2004, II, 10080, note C. Geiger; *Comm. com. électr.* 2004, comm. no. 2, note C. Caron; *D.* 2004, p. 200, note N. Bouche; *RIDA* 2/2004, p. 290; *Propr. intell.* 2004, p. 549, obs. A. Lucas.

54. See also Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 25 May 2004: *JCP G* 2004, II, 10170, note A. Lucas; *Propr. intell.* 2004, p. 774, obs. P. Sirinelli.

55. 10 Jan. 2013, no. 36769/08, *Ashby Donald v. France: RIDA* 3/2013, p. 322, and p. 236, obs. P. Sirinelli; *Comm. com. électr.* 2013, comm. 39, note C. Caron; *Propr. intell.* 2013, p. 216, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2013, p. 274, obs. F. Pollaud-Dulian; *D.* 2013, p. 2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc & P. Tréfigny.

56. 19 Feb. 2013, no. 40397/12, *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden: RIDA* 3/2013, p. 324 (dated 10 Feb. 2013), and p. 236, obs. P. Sirinelli; *Comm. com. électr.* 2013, comm. 63, note C. Caron; *Propr. intell.* 2013, p. 216, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2013, p. 274, obs. F. Pollaud-Dulian; *D.* 2013, p. 2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc & P. Tréfigny.

57. 22 June 2005, *ATF* 131 III 480, at p. 490, c. 3.2. On this decision see P.-E. Ruedin, in *Commentaire romand*, edit. by J. de Werra & Ph. Gilliéron, Helbing Lichtenhahn, 2013, p. 172.

50. *Ashdown v. Telegraph Group Ltd*, *High Court, Chancery Division*, 18 de julio de 2001: *ELMR* 2001, p. 44; *Com. comm. électr.* 2001, Act. 72; citado por W. Cornish y C. Seville, *Chronique du Royaume-Uni : RIDA* n° 190, octubre de 2001, p. 304-356, en la p. 334.

51. *Supremo*, 25 de septiembre de 2003: *A&M* 1/2004, p. 29.

52. *Traducción oficiosa del bolandés*. V. también, con los mismos términos que la sentencia del Tribunal Supremo, CA Bruselas, 9<sup>a</sup> sala, 5 de mayo de 2011, *Copiepress*: *RIDA* n° 229, julio de 2011, p. 428, obs. P. Sirinelli; *Propr. intell.* 2011, p. 300, obs. A. Lucas, punto 58. V. en ese sentido, sobre una obra de arte conceptual que consiste en poner sobre una escultura una cinta con la mención "Kijkverbod" ("Prohibido mirar"), CA Amberes, 1<sup>a</sup> sala, 29 de marzo de 2010: *A&M* 2010/5-6, p. 489, nota Ph. Campolini y B. Michaux, que afirma (§ 4.2.2.10) que las restricciones a la libertad de expresión están "claramente" ("duidelijk") legitimadas por la ley sobre el derecho de autor. *Comp. más matizado*, CA Bruselas, 24<sup>a</sup> sala, 11 de mayo de 2012: *A&M* 2012/4/2, p. 105, que somete el derecho a la libertad de expresión al derecho de autor de un fotógrafo, pero teniendo cuidado de poner en balanza los dos derechos.

53. *Cass. 1<sup>a</sup> civ.*, 13 de noviembre de 2003, *Utrillo: JCP G* 2004, II, 10080, nota C. Geiger; *Com. com. électr.* 2004, com. n° 2, nota C. Caron; *D.* 2004, p. 200, nota N. Bouche; *RIDA* n° 200, abril de 2004, p. 290; *Propr. intell.* 2004, p. 549, obs. A. Lucas.

54. V. también *Cass. 1<sup>a</sup> civ.*, 25 de mayo de 2004: *JCP G* 2004, II, 10170, nota A. Lucas; *Propr. intell.* 2004, p. 774, obs. P. Sirinelli.

55. 10 de enero de 2013, n° 36769/08, *Ashby Donald c. France: RIDA* n° 237 julio de 2013, p. 322, y p. 236, obs. P. Sirinelli; *Comm. com. électr.* 2013, com. 39, nota C. Caron; *Propr. intell.* 2013, p. 216, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2013, p. 274, obs. F. Pollaud-Dulian; *D.* 2013, p. 2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc y P. Tréfigny.

56. 19 de febrero de 2013, n° 40397/12, *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède: RIDA* n° 237 julio de 2013, p. 320 (con fecha de 10 de febrero de 2013), y p. 236, obs. P. Sirinelli; *Comm. com. électr.* 2013, com. 63, nota C. Caron; *Propr. intell.* 2013, p. 216, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2013, p. 274, obs. F. Pollaud-Dulian; *D.* 2013, p. 2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc y P. Tréfigny.

57. 22 de junio de 2005, *ATF* 131 III 480, en la p. 490, c. 3.2. V. sobre esta sentencia P.-E. Ruedin, in *Commentaire romand*, bajo la dirección de J. de Werra y Ph. Gilliéron, Helbing Lichtenhahn, 2013, p. 172.

50. *Asbdown v. Telegraph Group Ltd*, High Court, Chancery Division, 18 juill. 2001 : *ELMR* 2001, p.44; *Com. comm. électr.* 2001, Act. 72; cité par W. Cornish et C. Seville, *Chronique du Royaume-Uni* : *RIDA* n°190 oct. 2001, p.305-357, à la p.335.

51. Cass., 25 sept. 2003 : *A & M* 1/2004, p.29.

52. Traduction officielle du néerlandais. V. aussi, reprenant les termes de l'arrêt de la Cour de cassation, CA Bruxelles, 9<sup>e</sup> ch., 5 mai 2011, *Copiepresse* : *RIDA* n°229 juill 2011, p.429, obs. P. Sirinelli; *Propr. intell.* 2011, p. 300, obs. A. Lucas, pt 58. V. en ce sens, à propos d'une œuvre d'art conceptuel consistant dans l'apposition sur une sculpture d'un ruban portant la mention "Kijkverbod" ("Interdiction de regarder"), CA Anvers, 1<sup>re</sup> ch., 29 mars 2010 : *A & M* 2010/5-6, p.489, note Ph. Campolini et B. Michaux, qui affirme (§ 4.2.2.10) que les restrictions à la liberté d'expression sont "clairement" ("duidelijk") légitimées par la loi sur le droit d'auteur. Comp., plus nuancé, CA Bruxelles, 24<sup>e</sup> ch., 11 mai 2012 : *A & M* 2014/2, p.105, faisant plier le droit à la liberté d'expression devant le droit d'auteur d'un photographe, mais en prenant soin de mettre en balance les deux droits.

53. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2003, *Utrillo* : *JCP G* 2004, II, 10080, note C. Geiger; *Com. com. électr.* 2004, comm. n°2, note C. Caron; *D.* 2004, p.200, note N. Bouche; *RIDA* n°200 avril 2004, p.291; *Propr. intell.* 2004, p.549, obs. A. Lucas.

54. V. aussi Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 2004 : *JCP G* 2004, II, 10170, note A. Lucas; *Propr. intell.* 2004, p.774, obs. P. Sirinelli.

55. 10 janv. 2013, n°36769/08, *Asbby Donald c. France* : *RIDA* n°237 juill. 2013, p.323, et p.237, obs. P. Sirinelli; *Comm. com. électr.* 2013, comm. 39, note C. Caron; *Propr. intell.* 2013, p.216, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2013, p.274, obs. F. Pollaud-Dulian; *D.* 2013, p.2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny.

56. 19 févr. 2013, n° 40397/12, *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède* : *RIDA* n°237 juill 2013, p.325 (daté du 10 févr. 2013), et p.237, obs. P. Sirinelli; *Comm. com. électr.* 2013, comm. 63, note C. Caron; *Propr. intell.* 2013, p.216, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2013, p.274, obs. F. Pollaud-Dulian; *D.* 2013, p.2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny.

57. 22 juin 2005, *ATF* 131 III 480, à la p.490, c. 3.2. V. sur cet arrêt P.-E. Ruedin, in *Commentaire romand*, sous la direction de J. de Werra et Ph. Gilliéron, Helbing Lichtenhahn, 2013, p.172.

58. Comp. B. Galopin, Consequences of the Constitutional and European Nature of Authors' Rights: A Look Back at a Few Recent Decisions, *RIDA* 1/2015, pp. 174-234, at p. 202 ("while the ECtHR monitors the national legislature's trade-offs when it constructs the copyright legislation, it is only at the very fringe that it would seem that the European Court could censure the balance that has been struck").

59. Hoge Raad, 3 April 2015, *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV and Others*, ECLI:NL:HR:2015:341, § 5.2.5.

60. Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 15 May 2015, appeal no. 13-27391, *Klasen: Comm. com. électr.* 2015, comm. 55, note C. Caron; *JCP G* 2015, 967, note C. Geiger; *Légipresse* 2015, p. 474, note V. Varet; *Propr. intell.* 2015, p. 281, obs. A. Lucas, and p. 285, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2015, p. 515, obs. F. Pollaud-Dulian.

61. BVerfG, 31 May 2016, 1 BvR 1585/13.

62. BGH, 13 Dec. 2012: *GRUR* 2013, p. 614. In practice, digital tools seem to make this eventuality rather theoretical today. See to this effect B. Schipper, The Chilling Effect of "Kraftwerk I/II" on Sound Sampling - Plea for Self-Regulation to Advance the Use of Sampling, 3 March 2015, <http://www.schipperlegal.nl/en/the-chilling-effect-of-kraftwerk-iii-on-sound-sampling/>, visited 16 June 2016.

63. *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005), likewise concerning a two-second sample.

64. "Art and science, research and teaching shall be free".

65. In the abovementioned *Bridgeport Music* case, the U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit had stated to the contrary: "Get a license or do not sample. We do not see this as stifling creativity in any significant way".

66. *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone*, 2016 U.S. App. LEXIS 10019 (9th Cir. 2 June 2016). This decision thus voluntarily takes the opposite stance to that of the 6<sup>th</sup> Circuit in the *Bridgeport Music* case which had explicitly rejected the argument.

67. CA Paris, Pole 5, 2<sup>nd</sup> Ch., 25 Sept. 2015: *Propr. intell.* 2016, no. 58, p. 51, obs. A. Lucas.

68. Högsta domstolen, 4 April 2016, Ö 849-15. See the English summary published on the Court's website.

58. Comp. B. Galopin, Conséquences de la nature constitutionnelle et européenne du droit d'auteur: retour sur quelques décisions récentes: *RIDA* n° 243 enero de 2015, p. 174-234, en la p. 202 ("si el TEDH efectúa un control de los arbitrajes realizados por el legislador cuando este último construye la legislación sobre el derecho de autor, no es al parecer sino en el último margen cuando el Tribunal europeo sería susceptible de censurar el equilibrio encontrado").

59. Hoge Raad, 3 de abril de 2015, *GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV et al.*, ECLI :NL:HR:2015:341, § 5.2.5

60. Cass. 1<sup>a</sup> civ., 15 de mayo de 2015, *recurso* n° 13-27391, *Klasen*: Comm. com. électr. 2015, com. 55, nota C. Caron; *JCP G* 2015, 967, nota C. Geiger; *Legipresse* 2015, p. 474, nota V. Varet; *Propr. intell.* 2015, p. 281, obs. A. Lucas, y p. 285, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2015, p. 515, obs. F. Pollaud-Dulian.

61. BVerfG, 31 de mayo de 2016, 1 BvR 1585/13.

62. BGH, 13 de diciembre de 2012: *GRUR* 2013, p. 614. En la práctica, parece que las herramientas digitales hacen que esta hipótesis sea hoy en día más bien teórica. V. en ese sentido, B. Schipper, *The Chilling Effect of "Kraftwerk I/II" on Sound Sampling - Plea for Self-Regulation to Advance the Use of Sampling*, 3 de marzo de 2015, <http://www.schipperlegal.nl/en/the-chilling-effect-of-kraftwerk-iii-on-sound-sampling/>, visitado el 16 de junio de 2016.

63. *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005), a propósito, aquí también, de un sampling de dos segundos.

64. "El arte, la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres".

65. El Tribunal de apelación del 6° circuito de Estados Unidos había, en el pleito *Bridgeport Music* antes citado, afirmado en sentido contrario: "Get a license or do not sample. We do not see this as stifling creativity in any significant way".

66. *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone*, 2016 U.S. App. LEXIS 10019 (9° Cir. 2 de junio de 2016). La sentencia admite así, y voluntariamente, lo contrario de la del 6° circuito en el pleito *Bridgeport Music*, que había expresamente descartado el argumento.

67. TA París, polo 5, 2ª sala, 25 de septiembre de 2015: *Propr. intell.* 2016, n° 58, p. 51, obs. A. Lucas.

68. Högsta domstolen, 4 de abril de 2016, Ö 849-15. V. la síntesis en inglés publicada en el sitio del Tribunal.

58. Comp. B. Galopin, Conséquences de la nature constitutionnelle et européenne du droit d'auteur : retour sur quelques décisions récentes : *RIDA* n°243 janv.2015, p.175-235, à la p.203 ("si la CEDH effectue un contrôle sur les arbitrages réalisés par le législateur lorsque ce dernier construit la législation sur le droit d'auteur, ce n'est semble-t-il qu'à l'extrême marge que la Cour européenne serait susceptible de censurer l'équilibre trouvé").

59. Hoge Raad, 3 avr. 2015, *GS Media BV c/Sanoma Media Netherlands BV* et autres, ECLI : NL : HR : 2015:341, § 5.2.5

60. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 2015, pourvoi n°13-27391, *Klasen* : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 55, note C. Caron; *JCP G* 2015, 967, note C. Geiger; *Legipresse* 2015, p.474, note V. Varet; *Propr. intell.* 2015, p.281, obs. A. Lucas, et p.285, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2015, p.515, obs. F. Pollaud-Dulian.

61. BVerfG, 31 mai 2016, 1 BvR 1585/13.

62. BGH, 13 déc. 2012 : *GRUR* 2013, p.614. Dans la pratique, il semble que les outils numériques rendent aujourd'hui plutôt théorique cette hypothèse. V. en ce sens B. Schipper, *The Chilling Effect of "Kraftwerk I/II" on Sound Sampling — Plea for Self-Regulation to Advance the Use of Sampling*, 3 mars 2015, <http://www.schipperlegal.nl/en/the-chilling-effect-of-kraftwerk-iii-on-sound-sampling/>, visité le 16 juin 2016.

63. *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005), à propos, là encore, d'un *sampling* de deux secondes.

64. "L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres".

65. La Cour d'appel du 6<sup>e</sup> circuit des États-Unis avait, dans l'affaire *Bridgeport Music* précitée, affirmé en sens contraire : "*Get a license or do not sample. We do not see this as stifling creativity in any significant way*".

66. *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone*, 2016 U.S. App. LEXIS 10019 (9th Cir. 2 juin 2016). L'arrêt prend ainsi, et volontairement, le contre-pied de celui rendu par le 6<sup>e</sup> circuit dans l'affaire *Bridgeport Music*, lequel avait expressément écarté l'argument.

67. CA Paris, pôle 5, 2<sup>e</sup> ch., 25 sept. 2015 : *Propr. intell.* 2016, n°58, p.51, obs. A. Lucas.

68. Högsta domstolen, 4 avr. 2016, Ö 849-15. V. la synthèse en anglais publiée sur le site de la Cour.

69. Permitting “use of works, such as works of architecture or sculpture, made to be located permanently in public places”.

70. Press release – Justice and Home Affairs, 9 July 2015: “Concerning the right to create and publish images and photographs of public buildings and art works, MEPs prefer to retain the current situation by rejecting the proposal in the draft resolution that commercial use of such images should require authorisation from the rightholders. Under current EU copyright law, it is possible for member states to insert or not to insert a so-called freedom of panorama clause in their copyright legislation”.

71. “Konstverk får avbildas 1.om de stadigvarande är placerade på eller vid allmän plats utombus”.

72. The English summary published by the Court uses the term “depict” and the original text “*avbildas*”.

73. Article 24(3) (“*dock inte i digital form*”).

74. Regeringsformen, art. 16. The Court also refers expressly to article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

75. CJEC, 29 Jan. 2008, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España*: JCP G 2008, II, 10099, note E. Derieux; JCP E 2008, 1270, note C. Caron; *Propri. intell.* 2008, p. 239, obs. V.-L. Benabou; *RTD com.* 2008, p. 302, obs. F. Pollaud-Dulian.

76. Para. 68. See already, using the same language, concerning a conflict between freedom of expression and the right to privacy, CJEC, 6 Nov. 2003, C-101/01, *Lindqvist*, para. 87.

77. See, however, to this effect, C. Geiger, note *supra*: JCP G 2015, 967.

78. CJEC, Grand Ch., 12 Sept. 2006, C-479/04, *Laserdisken ApS v. Kulturministeriet*.

79. Para. 65.

80. See F. Chénéde, *Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation?*: D. 2016, p. 796, no. 14, noting that, in the event of a “pure” conflict between fundamental rights which “have not been reconciled beforehand by the legislator”, judicial control does not raise any objections because “it is natural that the courts should arbitrate between the two rights involved”.

81. 5 May 2011, *Copiepresse*, *supra*, para. 58.

69. Y que permite “la utilización de obras, tales como realizaciones arquitectónicas o esculturas, realizadas para estar situadas permanentemente en lugares públicos”.

70. Comunicado de prensa – Justicia y asuntos interiores, 9 de julio de 2015: “En lo que respecta al derecho de crear y de publicar imágenes y fotografías de edificios públicos y de obras de arte, los diputados prefieren mantener la situación actual rechazando la proposición del proyecto de resolución que exige la autorización del titular de derecho para la utilización comercial de tales imágenes. De conformidad con la legislación europea actual sobre el derecho de autor, los Estados miembros tienen la posibilidad de introducir o no una cláusula denominada de libertad de panorama en sus legislaciones en la materia”.

71. “Konstverk får avbildas 1.om de stadigvarande är placerade på eller vid allmän plats utombus”.

72. La síntesis en inglés publicada por el Tribunal utiliza el término “depict”, el texto original el de “avbildas”.

73. Art. 24-3 (“*dock inte i digital form*”).

74. Regeringsformen, art. 16. El Tribunal se refiere también expresamente al artículo 17 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

75. TJCE, 29 de enero de 2008, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c/ Telefónica de España*: JCP G 2008, II, 10099, nota E. Derieux; JCP E 2008, 1270, nota C. Caron; *Propri. intell.* 2008, p. 239, obs. V.-L. Benabou; *RTD com.* 2008, p. 302, obs. F. Pollaud-Dulian.

76. Punto 68. V. ya en los mismos términos, a propósito de un conflicto entre libertad de expresión y derecho al respeto de la vida privada, TJCE, 6 de noviembre de 2003, C-101/01, *Lindqvist*, punto 87.

77. V. sin embargo en ese sentido C. Geiger, nota antes citada: JCP G 2015, 967.

78. TJCE, gran sala, 12 de septiembre de 2006, C-479/04, *Laserdisken ApS c/ Kulturministeriet*.

79. Punto 65.

80. V. F. Chénéde, *Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation?*: D. 2016, p. 796, n° 14, que observa que en la hipótesis de un “puro” conflicto entre derechos fundamentales, que “no han sido previamente conciliados por el legislador”, el control judicial no suscita ninguna objeción, ya que “es natural que el juez arbitre entre esos dos derechos en presencia”.

81. 5 de mayo de 2011, *Copiepresse*, antes citado, punto 58.

**DROIT D'AUTEUR, LIBERTÉ D'EXPRESSION ET LIBRE ACCÈS À L'INFORMATION  
(ÉTUDE COMPARÉE DE DROIT AMÉRICAIN ET EUROPÉEN)**

---

69. Et qui permet “l'utilisation d'oeuvres, telles que des réalisations architecturales ou des sculptures, réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics”

70. Communiqué de presse – Justice et affaires intérieures, 9 juill. 2015 : “En ce qui concerne le droit de créer et de publier des images et des photographies de bâtiments publics et d'œuvres d'art, les députés préfèrent maintenir la situation actuelle en rejetant la proposition du projet de résolution exigeant l'autorisation du titulaire de droit pour l'utilisation commerciale de telles images. Conformément à la législation européenne actuelle sur le droit d'auteur, les États membres ont la possibilité d'introduire ou non une clause dite de liberté de panorama dans leurs législations en la matière”.

71. “Konstverk får avbildas i om de stadigvarande är placerade på eller vid allmän plats utomhus”.

72. La synthèse en anglais publiée par la Cour utilise le terme “depict”, le texte original celui de “*avbildas*”.

73. Art.24-3 (“dock inte i digital form”).

74. Regeringsformen, art.16. La Cour se réfère aussi expressément à l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne.

75. CJCE, 29 janv. 2008, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c/Telefónica de España* : JCP G 2008, II, 10099, note E. Derieux; JCP E 2008, 1270, note C. Caron; *Propriété intell.* 2008, p.239, obs. V.-L.Benabou; *RTD com.* 2008, p.302, obs. F. Pollaud-Dulian.

76. Pt 68. V. déjà dans les mêmes termes, à propos d'un conflit entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée, CJCE, 6 nov. 2003, C-101/01, *Lindqvist*, pt 87

77. V. cependant en ce sens C. Geiger, note préc. : JCP G 2015, 967.

78. CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, C-479/04, *Laserdisken ApS c/Kulturministeriet*.

79. Pt 65.

80. V. F. Chénédedé, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation? : *D.* 2016, p.796, n°14, relevant que dans l'hypothèse d'un “pur” conflit de droits fondamentaux, qui “n'ont pas été préalablement conciliés par le législateur”, le contrôle judiciaire ne soulève aucune objection, car “il est naturel que le juge arbitre entre ces deux droits en présence”.

81. 5 mai 2011, *Copiepresse*, préc., pt 58.



82. See also CJEU, 1 Dec. 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and Others*: Europe 2012, comm. 97, obs. L. Idot, noting (para. 134) that article 5(3)(d) of the Directive concerning the quotation exception “is intended to strike a fair balance between the right to freedom of expression of users of a work or other protected subject-matter and the reproduction right conferred on authors”. See to this effect, for the parody exception, CJEU, Grand Ch., 3 Sept. 2014, *John Deckmyn*, *supra*, para. 25.

83. Para. 39.

84. Para. 39.

85. This was not the position in this case, according to the Court, because [translation] “while there is no denying the public appeal of fashion in general and haute couture fashion shows in particular, it cannot be said that the applicants took part in a debate of public interest when they merely made photographs of fashion shows accessible to the public”.

86. Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 15 May 2015, *supra*.

87. The same observation could be made concerning U.S. law: there is a risk that the courts, while excluding consideration of merit beforehand to assess the work’s originality, introduce it later through the assessment of the first fair use factor (the nature and purpose of the defendant’s work). See, for example, Robert A. Gorman, *Copyright and Aesthetic Judgments: Abuse or Necessity?* 25 Colum. J. L. & Arts 1, 16 (2001) (“It is obvious that what is transformative is very much in the eye of the beholder, and that decisions appear to turn upon many literary and artistic value judgments, with some judges having more subtle tastes than others.”).

88. See, for example, A. Bénabent, *Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné?* D. 2016, p. 137 (the proportionality test’s general application would amount to “sacrificing the pursuit of coherent predictability on the altar of a romantic quest for justice marked by a permanent bubbling of uncertainty and an effervescence of congested courts and thus muddled, slow and costly proceedings”). – F. Chénéde, *Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation?*, *supra*, no. 15 (“Alongside the traditional legal argumentation advanced in the name of the law, we shall see the emergence of an argumentation based on equity advanced in the name of rights, through which each party to proceedings will plead – not without legitimate hope – the particular nature of their individual case to obtain satisfaction”). – P.-Y. Gautier, note under Cass. 3<sup>rd</sup> Civ., 17 Dec. and 22 Oct. 2015: JCP G 2016, 189 (“clearly

82. V. también TJUE, 1 de diciembre de 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer c/ Standard VerlagsGmbH et al.*: Europe 2012, com. 97, obs. L. Idot, que subraya (punto 134) que el artículo 5.3.d) de la directiva relativo a la excepción de cita “trata de realizar un justo equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión de los usuarios de una obra o de otro objeto protegido y el derecho de reproducción conferido a los autores”. V. en ese sentido para la excepción de parodia TJUE, gran sala, 3 de septiembre de 2014, *John Deckmyn*, antes citado, punto 25.

83. Punto 39.

84. Punto 39.

85. No ocurría así en este caso, según él, ya que “si no puede negarse la atracción del público por la moda en general y los desfiles de alta costura en particular, no se puede decir que los requirentes han tomado parte en un debate de interés general siendo que se han limitado a hacer accesibles al público fotografías de desfiles de moda”.

86. Cass. 1<sup>st</sup> civ., 15 de mayo de 2015, antes citado.

87. La misma observación podría hacerse en cuanto al derecho americano: al mismo tiempo que se excluye la consideración del mérito previo para apreciar la originalidad de la obra, hay un riesgo de que los jueces la bagan entrar posteriormente en la apreciación del primer criterio del fair use (la naturaleza y la finalidad de la obra del demandado). V. p. ej. Robert A. Gorman, *Copyright and Aesthetic Judgments: Abuse or Necessity?* 25 Colum. J. L. & Arts 1, 16 (2001) (“It is obvious that what is transformative is very much in the eye of the beholder, and that decisions appear to turn upon many literary and artistic value judgments, with some judges having more subtle tastes than others.”).

88. V. p. ej. A. Bénabent, *Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné?* D. 2016, p.137 (la generalización del control de proporcionalidad equivaldría a “sacrificar la búsqueda de lo previsible coherente en el altar de una búsqueda romántica de justicia consistente en un hervidero permanente de incertidumbres y en una eferescencia de tribunales saturados, luego confusos, lentos y costosos”). – F. Chénéde, *Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation?*, antes citado, n° 15 (“Al lado de la tradicional argumentación en derecho, en nombre de la ley, se verá aparecer una argumentación en equidad, en nombre de los derechos, a través de la cual cada encausado alegará, no sin tener una esperanza legítima, la singularidad de su caso individual para obtener satisfacción”). P.-Y. Gautier, nota bajo Cass. 3<sup>st</sup> civ., 17 de diciembre y 22 de octubre de 2015: JCP G 2016, 189 (“claramente decididos a imponer por fuerza el ‘control de proporcionalidad’, para

82. V. aussi CJUE, 1er déc. 2011, C- 145/10, *Eva-Maria Painer c/Standard VerlagsGmbH et a.* : *Europe* 2012, comm. 97, obs. L. Idot, relevant (pt 134) que l'article 5.3.d) de la directive relatif à l'exception de citation "vise à réaliser un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression des utilisateurs d'une œuvre ou d'un autre objet protégé et le droit de reproduction conféré aux auteurs". V. en ce sens pour l'exception de parodie CJUE, gde ch., 3 sept. 2014, *John Deckmyn*, préc., pt 25.

83. Pt 39.

84. Pt 39.

85. Tel n'était pas le cas dans cette affaire, selon elle, car "si l'on ne peut nier l'attrait du public pour la mode en général et les défilés de haute couture en particulier, on ne saurait dire que les requérants ont pris part à un débat d'intérêt général alors qu'ils se sont bornés à rendre des photographies de défilés de mode accessibles au public".

86. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 2015, préc.

87. La même observation pourrait être faite quant au droit américain : tout en excluant la prise en compte du mérite en amont pour apprécier l'originalité de l'œuvre, il y a un risque que les juges le fassent entrer en aval par l'appréciation du premier critère de *fair use* (la nature et la finalité de l'œuvre du défendeur). V. par ex. Robert A. Gorman, *Copyright and Aesthetic Judgments : Abuse or Necessity?* 25 Colum. J. L. & Arts 1, 16 (2001) ("It is obvious that what is transformative is very much in the eye of the beholder, and that decisions appear to turn upon many literary and artistic value judgments, with some judges having more subtle tastes than others.").

88. V. par exemple A. Bénabent, Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné? : *D.* 2016, p.137 (la généralisation du contrôle de proportionnalité reviendrait à "sacrifier la recherche du prévisible cohérent sur l'autel d'une quête romantique de justice faite d'un bouillonnement permanent d'incertitudes et d'une effervescence de prétoires encombrés, donc brouillés, lents et coûteux"). — F. Chénéde, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation?, préc., n°15 ("À côté de la traditionnelle argumentation en droit, au nom de la loi, on verra apparaître une argumentation en équité, au nom des droits, à travers laquelle chaque justiciable plaidera, non sans légitime espoir, la singularité de son cas individuel pour obtenir satisfaction"). — P.-Y. Gautier, note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 déc. et 22 oct. 2015 : *JCP G* 2016, 189 ("clairement décidés à faire passer en force le "contrôle de proportionnalité", pour se conformer à la motivation subjective de la Cour EDH, un certain nombre de magistrats du

determined to force through the 'proportionality test' to comply with the ECtHR's subjective grounds, a number of the Court of Cassation's judges and prosecutors have set in train a process of dismantling the legal method").

89. Comp. CJEU, Grand Ch., 3 Sept. 2014, *John Deckmyn*, *supra*, para. 27 ("It follows that the application, in a particular case, of the exception for parody, within the meaning of Article 5(3)(k) of Directive 2001/29, must strike a fair balance between, on the one hand, the interests and rights of persons referred to in Articles 2 and 3 of that directive, and, on the other, the freedom of expression of the user of a protected work who is relying on the exception for parody, within the meaning of Article 5(3)(k)").

90. 448 F.3d 605, 609-10 (2d Cir. 2006).

91. 508 F.3d 1146, 1174-5 (9th Cir. 2007).

92. 562 F.3d 630, 640 (4th Cir. 2009).

93. *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).

94. 43 F.Supp.2d 379 (SDNY 2014).

95. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Publications de l'IRPI, Litec, 2004, nos. 295 *et seq.* - A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, no. 907. Comp. art. 5.2 of the abovementioned Wittem Project ("Uses for the abovepurpose of freedom of expression and information").

96. F. Dubuisson, *Quand le "droit" du public à l'information rencontre les "droits" sur l'information : vrai ou faux débat*, in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, edit. by A. Strouel & F. Tulkens, Larcier, 2006, pp. 71-101, at p. 92 *et seq.*

97. Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 13 Nov. 2003, *Utrillo*, *supra*. - Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 7 March 2006: RIDA 3/2006, p. 332. - Cass. 1<sup>st</sup> Civ., 2 Oct. 2007, appeal no. 05-14.928: RIDA 4/2007, p. 338; *Prop. intell.* 2008, p. 112, obs. J.-M. Bruguère; *RTD com.* 2008, p. 78, obs. F. Pollaud-Dulian; *JCP E* 2009, 1108, no. 12, obs. A. Zollinger.

98. District Court, Southern District of New York, 14 Nov. 2013: *Prop. intell.* 2014, p. 81, obs. A. Lucas. It is true that the Court of Appeals did not indulge in the same enthusiasm...

99. Preamble to the WIPO Copyright Treaty.

100. CJEU, 11 Sept. 2014, C-117/13, *Technische Universität Darmstadt v. Eugen Ulmer KG*, cited *supra*.

*plegarse a la motivación subjetiva del Tribunal EDH, cierto número de magistrados (jueces y fiscales generales) del Tribunal Supremo han metido el dedo en el engranaje del desmantelamiento del método jurídico").*

89. Comp. TJUE, gran sala, 3 de septiembre de 2014, John Deckmyn, *antes citado*, punto 27 ("Se deduce que la aplicación, en una situación concreta, de la excepción por parodia, en el sentido del artículo 5, párrafo 3, bajo k), de la directiva 2001/29, debe respetar un justo equilibrio entre, por un lado, los intereses de las personas citadas en los artículos 2 y 3 de esta directiva y, por el otro, la libertad de expresión del usuario de una obra protegida que se prevalece de la excepción por parodia, en el sentido de este artículo 5, párrafo 3, bajo k)").

90. 448 F.3d 605, 609-10 (2<sup>o</sup> Cir. 2006).

91. 508 F.3d 1146, 1174-5 (9<sup>o</sup> Cir. 2007).

92. 562 F.3d 630, 640 (4<sup>o</sup> Cir. 2009).

93. *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2<sup>o</sup> Cir. 2014).

94. 43 F.Supp.2d 379 (SDNY 2014).

95. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Publications de l'IRPI, Litec, 2004, nos. 295 y s. - A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, n<sup>o</sup> 907. Comp. el artículo 5.2 del proyecto Wittem *antes citado* ("Uses for the purpose of freedom of expression and information").

96. F. Dubuisson, *Quand le "droit" du public à l'information rencontre les "droits" sur l'information : vrai ou faux débat*, in *Droit d'auteur et liberté d'expression, bajo la dirección de A. Strouel y F. Tulkens, Larcier, 2006, p. 71-101, en las p. 92 y s.*

97. Cass. 1<sup>a</sup> civ., 13 de noviembre de 2003, *Utrillo, antes citado*. - Cass. 1<sup>a</sup> civ., 7 de marzo de 2006: RIDA n<sup>o</sup> 209 julio de 2006, p. 332. - Cass. 1<sup>a</sup> civ., 2 de octubre de 2007, recurso n<sup>o</sup> 05-14.928: RIDA n<sup>o</sup> 214 octubre de 2007, p. 338; *Prop. intell.* 2008, p. 112, obs. J.-M. Bruguère; *RTD com.* 2008, p. 78, obs. F. Pollaud-Dulian; *JCP E* 2009, 1108, n<sup>o</sup> 12, obs. A. Zollinger.

98. District Court, Southern District of New York, 14 de noviembre de 2013: *Prop. intell.* 2014, p. 81, obs. A. Lucas. Es cierto que el Tribunal de apelación no se dejó llevar por el mismo entusiasmo...

99. *Preámbulo del Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor.*

100. CTUE, 11 se septiembre de 2014, C-117/13, *Technische Universität Darmstadt c/ Eugen Ulmer KG, antes citado.*

siège et du parquet général de la Cour de cassation ont mis le doigt dans l'engrenage du démantèlement de la méthode juridique”).

89. Comp. CJUE, gde ch., 3 sept. 2014, *John Deckmyn*, préc., pt 27 (“Il s'ensuit que l'application, dans une situation concrète, de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, doit respecter un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts et les droits des personnes visées aux articles 2 et 3 de cette directive et, d'autre part, la liberté d'expression de l'utilisateur d'une œuvre protégée se prévalant de l'exception pour parodie, au sens de cet article 5, paragraphe 3, sous k”).

90. 448 F.3d 605, 609 – 10 (2d Cir. 2006).

91. 508 F.3d 1146, 1174 – 5 (9th Cir. 2007).

92. 562 F.3d 630, 640 (4th Cir. 2009).

93. *Auteurs Guild, Inc. v. HatbiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).

94. 43 F.Supp.2d 379 (SDNY 2014).

95. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Publications de l'IRPI, Litec, 2004, n° 295 et s. – A. Zollinger, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008, n° 907. Comp. l'article 5.2 du projet Wittem précité (“Uses for the purpose of freedom of expression and information”).

96. F. Dubuisson, Quand le “droit” du public à l'information rencontre les “droits” sur l'information : vrai ou faux débat, in *Droit d'auteur et liberté d'expression*, ss. dir. A. Strowel et F. Tulkens, Larcier, 2006, p. 71-101, aux p. 92 et s.

97. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2003, *Utrillo*, préc. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 2006 : *RIDA* n°209 juill. 2006, p.333. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 oct. 2007, pourvoi n° 05-14.928 : *RIDA* n°214 oct. 2007, p. 339; *Propriété intell.* 2008, p.112, obs. J.-M. Bruguière; *RTD com.* 2008, p.78, obs. F. Pollaud-Dulian; *JCP E* 2009, 1108, n°12, obs. A. Zollinger.

98. District Court, Southern District of New York, 14 nov. 2013 : *Propriété intell.* 2014, p.81, obs. A. Lucas. Il est vrai que la Cour d'appel n'a pas cédé au même enthousiasme...

99. Préambule du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

100. CJUE, 11 sept. 2014, C-117/13, *Technische Universität Darmstadt c/Eugen Ulmer KG*, préc.

101. BGH, 16 April 2015 - I ZR 69/11: GRUR 2015, p. 1101, note M. Stieper; LEPI 2015, 102, obs. A. Lucas-Schloetter; *Pe.i (Revista de propiedad intelectual)* 2015, no. 50, p. 117, obs. A. Lucas-Schloetter.

102. Proposal no. 20. See already to this effect S. Dusollier, A manifesto for an e-lending limitation in copyright, (2014) *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)* 213; online: <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-3-2014/4096> (visited 27 May 2016).

103. Para. 53 (“Recognises the importance of libraries for access to knowledge and calls upon the Commission to assess the adoption of an exception allowing public and research libraries to legally lend works to the public in digital formats for personal use, for a limited duration, through the internet or the libraries’ networks, so that their public interest duty of disseminating knowledge can be fulfilled effectively and in an up-to-date manner; recommends that authors should be fairly compensated for e-lending to the same extent as for the lending of physical books according to national territorial restrictions;”).

104. Para. 55 (“Stresses the importance of taking into account the conclusions of the numerous experiments being undertaken by the book industry to establish fair, balanced and viable business models;”).

105. Towards a modern, more European copyright framework, 9 Dec. 2015, COM(2015) 626 final.

106. C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken v. Stichting Leenrecht*.

107. Opinion delivered on 16 June 2016.

108. CJEU, Grand Ch., 3 July 2012, C-128/11.

109. Foregoing opinion, paragraphs 50 to 52.

110. Paragraph 39.

111. In most cases (if only to convert the text into a format that allows mining) but not always. In this regard, see J.-P. Triaille, J. de Meeüs d’Argenteuil & A. de Franquien, *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, 2014, pp. 30-31.

112. C. Bernault, *Open access et droit d’auteur*, Larcier, 2016, nos. 185 to 187. – P. Kamocki, “Allow Mining!” – The Argument for “Orthogonal Uses” of Intellectual Works in the Debate on Text and Data Mining: RIDA 1/2016, pp. 4-84, at p. 54. Comp. European Commission, *Standardisation in the area of innovation and technological development, notably in the field of*

101. BGH, 16 de abril de 2015 - I ZR 69/11: GRUR 2015, p. 1101, nota M. Stieper; LEPI 2015, 102, obs. A. Lucas-Schloetter; *Pe.i (revista de propiedad intelectual)* 2015, n° 50, p. 117, obs. A. Lucas-Schloetter.

102. *Proposición n° 20. V. ya en ese sentido S. Dusollier, A manifesto for an e-lending limitation in copyright, (2014) Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC) 213; en línea: http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-3-2014/4096 (visitado el 27 de mayo de 2016).*

103. Punto 53 (“mide la importancia de las bibliotecas para el acceso al saber y pide a la Comisión evaluar la adopción de una excepción que permita a las bibliotecas públicas y de investigación prestar legalmente obras al público en formato digital para un uso privado y por un tiempo limitado, vía Internet o las redes de las bibliotecas, para que esta últimas puedan cumplir de forma efectiva y moderna con su deber de interés público consistente en difundir los conocimientos; recomienda la indemnización equitativa de los autores por el préstamo digital, en la misma medida que para el préstamo de libros impresos en papel, de conformidad con las restricciones territoriales nacionales”).

104. Punto 55 (“subraya que es importante tener en cuenta las conclusiones de las numerosas experiencias realizadas por el sector de la edición con vistas a instaurar modelos económicos justos, equilibrados y viables”).

105. *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d’auteur, 9 de diciembre de 2015, COM(2015) 626 final.*

106. C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken c/ Stichting Leenrecht*.

107. *Conclusiones presentadas el 16 de junio de 2016*

108. TJUE, gran sala, 3 de julio de 2012, C-128/11.

109. *Conclusiones antes citadas, puntos 50 a 52.*

110. Punto 39

111. *Con la mayor frecuencia (aunque solo sea para convertir el texto en un formato susceptible de permitir la exploración), pero no siempre. V. sobre este punto J.-P. Triaille, J. de Meeüs d’Argenteuil y A. de Franquien, Study on the legal framework of text and data mining (TDM), 2014, p. 30-31.*

112. C. Bernault, *Open access et droit d’auteur, Larcier, 2016, nos 185 a 187. – P. Kamocki, “¿Dejen explorar!” – El argumento para las “utilizaciones ortogonales” de las obras del ingenio en el contexto del debate sobre la exploración de datos: RIDA n° 247 enero de 2016, p. 4-84, en la p. 54. Comp. Comisión Europea, Standardisation in the area of innovation and technological*

101. BGH, 16 avr. 2015- I ZR 69/11 : *GRUR* 2015, p.1101, note M. Stieper; *LEPI* 2015, 102, obs. A. Lucas-Schloetter; *Pe. i (revista de propiedad intelectual)* 2015, n°50, p.117, obs. A. Lucas-Schloetter.

102. Proposition n°20. V. déjà en ce sens S. Dusollier, A manifesto for an e-lending limitation in copyright, (2014) *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)* 213; en ligne : <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-3-2014/4096> (visité le 27 mai 2016).

103. Pt 53 (“mesure l'importance des bibliothèques pour l'accès à la connaissance et demande à la Commission d'évaluer l'adoption d'une exception permettant aux bibliothèques publiques et de recherche de prêter légalement des œuvres au public sous format numérique pour un usage privé et pour une durée limitée, via l'internet ou les réseaux des bibliothèques, afin que ces dernières puissent s'acquitter de manière effective et moderne de leur devoir d'intérêt public consistant à diffuser les connaissances; recommande l'indemnisation équitable des auteurs pour le prêt numérique, dans la même mesure que pour le prêt de livres papier, conformément aux restrictions territoriales nationales”).

104. Pt 55 (“souligne qu'il importe de tenir compte des conclusions des nombreuses expérimentations menées par le secteur de l'édition en vue de mettre en place des modèles économiques justes, équilibrés et viables”).

105. Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur, 9 déc. 2015, COM (2015) 626 final.

106. C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken c/Stichting Leenrecht*.

107. Conclusions présentées le 16 juin 2016

108. CJUE, gde ch., 3 juill. 2012, C-128/11.

109. Conclusions préc., pts 50 à 52.

110. Point 39

111. Le plus souvent (ne serait-ce que pour convertir le texte en un format susceptible de permettre l'exploration), mais pas toujours. V. sur ce point J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, 2014, p.30-31.

112. C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, Larcier, 2016, n°s 185 à 187. – P. Kamocki, “Laissez fouiller!” – L'argument pour les “utilisations orthogonales” des œuvres de l'esprit dans le contexte du débat sur l'exploitation des données : *RIDA* n°247 janv. 2016, p.5-85, à la p.55. Comp. Commission européenne, *Standardisation in the area of innovation and technological development, notably*

*Text and Data Mining*, Report from the Expert Group, chaired by I. Hargreaves (cited *infra* as the Hargreaves Report), Publications Office of the European Union, 2014, p. 53 ("the legislator could take a normative approach and only recognise protection for acts of reproduction or extraction that actually entail an act of 'expressive' exploitation").

113. See on the discussion A. Lucas, H.-J. Lucas & A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4<sup>th</sup> ed., 2012, no. 263 and the cited references.

114. See already on this argument J. Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 29-54 (1994).

115. See to this effect the Quadrature du Net's response to the European Commission's public consultation on copyright reform in Europe in 2014, [https://www.laquadrature.net/files/La\\_Quadrature\\_du\\_Net\\_s\\_response\\_to\\_the\\_European\\_Commission\\_s\\_consultation\\_on\\_copyright\\_reform.pdf](https://www.laquadrature.net/files/La_Quadrature_du_Net_s_response_to_the_European_Commission_s_consultation_on_copyright_reform.pdf), accessed 30 May 2016, p. 19 ("There is no cause to argue that what was free-of-charge in the analogue environment should fall under copyright legislation in the digital realm, other than to drastically restrict innovation and the development of research in Europe"). See also, articulating the principle that "the right to read is the right to mine", Open Knowledge Foundation's Working Group on Open Access, <http://blog.okfn.org/2012/06/01/the-right-to-read-is-the-right-to-mine/>, accessed 30 May 2016.

116. C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, *supra*, no. 187. - P. Kamocki, "Allow Mining!", *supra*, p. 16.

117. See also, stating it very clearly, J.-P. Triaille, J. de Meeüs d'Argenteuil & A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *supra*, p. 31.

118. J. Azéma & J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7<sup>th</sup> ed., 2012, nos. 1434-1435.

119. P. Kamocki, "Allow Mining!", *supra*, p. 54. See also P. Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *Fordham Law Review* 2537-2621 (2009), at p. 2545, defining "orthogonal uses" as "uses for a different purpose than the original". Apart from the fact that the term "orthogonal" is surprising, it is hard to conceptualize. See, moreover, acknowledging that it is "relatively vague and imprecise", P. Kamocki, *op. cit.*, p. 66.

120. J.-P. Triaille, J. de Meeüs d'Argenteuil & A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *supra*, pp. 38-39.

development, notably in the field of Text and Datamining, *Report from the Expert Group*, bajo la dirección de I. Hargreaves (citado *infra* *Rapport Hargreaves*), Publications Office of the European Union, 2014, p. 53 ("the legislator could take a normative approach and only recognise protection for acts of reproduction or extraction that actually entail an act of 'expressive' exploitation").

113. V. sobre la discusión A. Lucas, H.-J. Lucas y A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4<sup>a</sup> ed., 2012, n<sup>o</sup> 263 y las referencias citadas.

114. V. ya sobre esta tesis J. Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 29-54 (1994).

115. V. en ese sentido la respuesta de la Quadrature du Net a la consulta pública de la Comisión Europea sobre la reforma del derecho de autor en Europa, 2014, [https://www.laquadrature.net/files/La\\_Quadrature\\_du\\_Net\\_s\\_response\\_to\\_the\\_European\\_Commission\\_s\\_consultation\\_on\\_copyright\\_reform.pdf](https://www.laquadrature.net/files/La_Quadrature_du_Net_s_response_to_the_European_Commission_s_consultation_on_copyright_reform.pdf), consultado el 30 de mayo de 2016, p. 19 ("There is no cause to argue that what was free-of-charge in the analogue environment should fall under copyright legislation in the digital realm, other than to drastically restrict innovation and the development of research in Europe"). V. también, que sienta el principio de que "the right to read is the right to mine", Open Knowledge Foundation's Working Group on Open Access, <http://blog.okfn.org/2012/06/01/the-right-to-read-is-the-right-to-mine/>, consultado el 30 de mayo de 2016.

116. C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, antes citado, n<sup>o</sup> 187. - P. Kamocki, "¿Dejen explorar!", antes citado, p.17.

117. V. también, muy claros sobre la constatación, J.-P. Triaille, J. de Meeüs d'Argenteuil y A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, antes citado, p.31.

118. J. Azéma y J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7<sup>o</sup> ed., 2012, nos 1434-1435.

119. P. Kamocki, "¿Dejen explorar!", antes citado, p. 55. V. también P. Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *Fordham Law Review* 2537-2621 (2009), en la p. 2545, que define los "orthogonal uses" como "uses for a different purpose than the original". Además de que el término "orthogonal" es sorprendente, la noción es bien difícil de delimitar. V. también, sobre el punto de que es "relativamente vaga e imprecisa", P. Kamocki, *op. cit.*, p.67.

120. J.-P. Triaille, J. de Meeüs d'Argenteuil y A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, antes citado, p. 38-39.

*in the field of Text and Datamining*, Report from the Expert Group, sous la direction de I. Hargreaves (cité *infra* Rapport Hargreaves), Publications Office of the European Union, 2014, p.53 (“the legislator could take a normative approach and only recognise protection for acts of reproduction or extraction that actually entail an act of ‘expressive’ exploitation”).

113. V. sur la discussion A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n°263 et les références citées.

114. V. déjà sur cette thèse J. Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 29-54 (1994).

115. V. en ce sens la réponse de la Quadrature du Net à la consultation publique de la Commission européenne sur la réforme du droit d'auteur en Europe, 2014, [https://www.laquadrature.net/files/La\\_Quadrature\\_du\\_Net\\_s\\_response\\_to\\_the\\_European\\_Commission\\_s\\_consultation\\_on\\_copyright\\_reform.pdf](https://www.laquadrature.net/files/La_Quadrature_du_Net_s_response_to_the_European_Commission_s_consultation_on_copyright_reform.pdf), consulté le 30 mai 2016, p. 19 (“There is no cause to argue that what was free-of-charge in the analogue environment should fall under copyright legislation in the digital realm, other than to drastically restrict innovation and the development of research in Europe”). V. aussi, posant le principe que “the right to read is the right to mine”, Open Knowledge Foundation’s Working Group on Open Access, <http://blog.okfn.org/2012/06/01/the-right-to-read-is-the-right-to-mine/>, consulté le 30 mai 2016.

116. C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, préc., n°187. – P. Kamocki, “Laissez fouiller!”, préc., p.17.

117. V. aussi, très nets sur le constat, J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, préc., p.31.

118. J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2012, n°s 1434-1435.

119. P. Kamocki, “Laissez fouiller!”, préc., p.55. V. aussi P. Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *Fordham Law Review* 2537-2621 (2009), à la p.2545, définissant les “orthogonal uses” comme des “uses for a different purpose than the original”. Outre que le terme “orthogonal” ne laisse pas de surprendre, la notion est bien difficile à cerner. V. d'ailleurs, convenant qu'elle est “relativement vague et imprécise”, P. Kamocki, *op. cit.*, p.67.

120. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, préc., p.38-39.



121. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil & A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *supra*, p. 45 *et seq.*

122. See, however, suggesting the possibility that the reference to "illustration" could be limited to teaching activities, C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, no. 200, an accommodating interpretation expressly ruled out in France (MoU of 6 November 2014 on the use of books, published musical works, periodical publications and works of visual art for the purpose of illustrating teaching and research activities: Bulletin officiel de l'Education nationale, Jan. 2015).

123. Report, *supra*, pp. 66-67.

124. Report, *supra*, proposal no. 18. See also J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil & A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *supra*, p. 95 *et seq.* League of European Research Universities, *LERU Roadmap for Research Data*, Advice Paper, no. 14, Dec. 2013, para. 81, p. 19.

125. Para. 55.

126. Towards a modern, more European copyright framework, *supra*.

127. Which is problematic in view of the exhaustive list in the Directive as it stands, unless the new exception is attached to the one in article 5(3)(a). See on the subject C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, *supra*, no. 206. - P. Kamocki, "Allow Mining!", *supra*, pp. 40-42.

128. *Modernising Copyright*, A Report prepared by the Copyright Review Committee for the Department of Jobs, Enterprise and Innovation, Dublin, 2013, p. 154. The report clarifies (p. 13) that "content-mining" includes "text-mining" and "data-mining".

129. See for an overview J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil & A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *supra*, p. 53 *et seq.*

130. On the fact that TDM is less developed in these countries, see C. Handke, L. Guibault & J.-J. Vallbé, *Is Europe Falling Behind in Data Mining? Copyright's Impact on Data Mining in Academic Research*, 7 June 2015, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2608513](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2608513).

131. See to this effect J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil & A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *supra*, p. 106. - Hargreaves report, *supra*, p. 57.

121. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil y A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *antes citado*, p. 45 y s.

122. V. *sin embargo*, C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, n° 200, *que formula la hipótesis de que la referencia a la "ilustración" podría estar limitada a las actividades docentes, interpretación benévola expresamente descartada en Francia (Protocolo d'accord du 6 novembre 2014 sur l'utilisation des livres, des œuvres musicales éditées, des publications périodiques et des œuvres des arts visuels à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche: Bulletin officiel de l'Education nationale, enero de 2015)*.

123. Informe antes citado, p. 66-67.

124. Informe antes citado, *proposición n° 18*. V. también J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil y A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *antes citado*, p. 95 y s. - *League of European Research Universities*, LERU Roadmap for Research Data, *Advice Paper*, n° 14, *diciembre de 2013*, punto 81, p. 19.

125. Punto 55.

126. *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, *antes citado*.

127. *Lo que plantea un problema con respecto a la lista limitativa incluida, tal cual, en la directiva, a menos que se asocie la nueva excepción a la prevista en el artículo 5.3 a)*. V. sobre este punto C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, *antes citado*, n° 206. - P. Kamocki, "¿Dejen explorar!", *antes citado*, p. 41-43.

128. *Modernising Copyright*, *A Report prepared by the Copyright Review Committee for the Department of Jobs, Enterprise and Innovation*, Dublin, 2013, p.154. *El informe precisa (p. 13) que el "content-mining" incluye el "test-mining" y el "data-mining"*.

129. V. *para un estudio de la situación actual* J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil y A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *antes citado*, p. 53 y s.

130. *Sobre el hecho de que la exploración de datos está menos desarrollada en esos países*, v. C. Handke, L. Guibault y J.-J. Vallbé, *Is Europe Falling Behind in Data Mining? Copyright's Impact on Data Mining in Academic Research*, 7 de junio de 2015, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2608513](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2608513).

131. V. *en ese sentido* J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *antes citado*, p.106. - *Rapport Hargreaves*, *antes citado*, p.57.

121. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, préc., p.45 et s.

122. V. cependant, émettant l'hypothèse que la référence à l'"illustration" pourrait être limitée aux activités d'enseignement, C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, n°200, interprétation accommodante expressément écartée en France (Protocole d'accord du 6 novembre 2014 sur l'utilisation des livres, des œuvres musicales éditées, des publications périodiques et des œuvres des arts visuels à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche : Bulletin officiel de l'Education nationale, janv. 2015).

123. Rapport préc., p.66-67.

124. Rapport préc., proposition n°18. V. aussi J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, préc., p.95 et s. – League of European Research Universities, *LERU Roadmap for Research Data*, Advice Paper, n°14, déc. 2013, pt 81, p.19.

125. Pt 55.

126. Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur, préc.

127. Ce qui pose un problème au regard de la liste limitative contenue, en l'état, dans la directive, à moins de rattacher la nouvelle exception à celle prévue par l'article 5.3 a). V. sur ce point C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, préc., n°206. – P. Kamocki, "Laissez fouiller!", préc., p.41-43.

128. *Modernising Copyright*, A Report prepared by the Copyright Review Committee for the Department of Jobs, Enterprise and Innovation, Dublin, 2013, p.154. Le rapport précise (p.13) que le "content-mining" inclut le "text-mining" et le "data-mining".

129. V. pour un état des lieux J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, préc., p.53 et s.

130. Sur ce que l'exploration des données est moins développée dans ces pays, v. C. Handke, L. Guibault et J.-J. Vallbé, *Is Europe Falling Behind in Data Mining? Copyright's Impact on Data Mining in Academic Research*, 7 juin 2015, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2608513](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2608513).

131. V. en ce sens J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, préc., p.106. – Rapport Hargreaves, préc., p.57.

132. See explicitly to this effect section 29A(5) of the UK Copyright, Designs and Patents Act. This obviously does not prevent contracts from having a role to play in the exception's implementation. The resolution adopted by the European Parliament on 9 July 2015 stresses in this regard (para. 55) "the importance of taking into account the conclusions of the numerous experiments being undertaken by the book industry to establish fair, balanced and viable business models".

133. See to this effect J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil & A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *supra*, p. 113. - Hargreaves report, *supra*, p. 57.

134. Hargreaves report, p. 56.

135. It is noteworthy in this respect that, in the *Google Books* case referred to earlier, the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit stressed on several occasions that the outcome was valid only for the Google service as presented in the proceedings. See on this finding J.C. Ginsburg, *Security failure fair use analysis*: <http://www.mediainstitute.org/IPI/2016/012516.php>.

136. Hargreaves report, p. 56. - C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, *supra*, no. 207.

137. The text adopted in France by the joint committee of the two houses on 29 June 2016 comes to a comparable result by referring to the "needs of public research". Note that, in an earlier document (*Communication, A Digital Single Market Strategy for Europe*, 6 May 2015, COM(2015) 192 final), the Commission had appeared to opt for a broader approach by indicating (p. 8) that "[i]nnovation in research for both non-commercial and commercial purposes, based on the use of text and data mining [...] may be hampered because of an unclear legal framework and divergent approaches at national level."

138. Database Directive 96/9, art. 6 ("The performance by the lawful user of a database or of a copy thereof of any of the acts listed in Article 5 which is necessary for the purposes of access to the contents of the database and normal use of the contents by the lawful user shall not require the authorization of the author of the database.") Comp. Computer Program Directive 2009/24, art. 5(1) (acts "necessary for the use of the computer program by the lawful acquirer"). - Information Society Directive 2001/29, art. 5(1) (temporary acts of reproduction whose purpose is to enable a "lawful use"). - CJEU, 10 April 2014, C-435/12, *ACI Adam BV and Others v. Stichting de Thuiskopie and Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding* (lawfulness of the "source" of private copying).

132. V. expresamente en ese sentido el artículo 29 A 5) del Copyright, Designs and Patents Act inglés. Eso no impide, evidentemente, que el contrato tiene que jugar su papel en la aplicación de la excepción. La resolución adoptada por el Parlamento europeo el 9 de julio de 2015 observa a este respecto (punto 55) "que es importante tener en cuenta las conclusiones de las numerosas experiencias realizadas por el sector de la edición con vistas a instaurar modelos económicos justos, equilibrados y viables".

133. V. en ese sentido J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil y A. de Francquen, Study on the legal framework of text and data mining, antes citado, p. 113. - Rapport Hargreaves, p. 57.

134. Rapport Hargreaves, p. 56.

135. Es destacable, desde este punto de vista, que en el pleito *Google Books* antes evocado, el 2º circuito del Tribunal de apelación de Estados Unidos haya insistido en varias ocasiones en el hecho de que la solución adoptada no era válida más que para el servicio *Google* tal y como estaba presentado en el proceso. V. sobre esta constatación J. C. Ginsburg, *Security failure fair use analysis* : <http://www.mediainstitute.org/IPI/2016/012516.php>.

136. Informe Hargreaves, p. 56. - C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, antes citado, nº 207.

137. El texto adoptado en Francia por la comisión mixta paritaria el 29 de junio de 2016 alcanza un resultado comparable refiriéndose a las "necesidades de la investigación pública". Se observará que, en un documento anterior (*Communication sur la stratégie pour un marché numérique unique en Europe*, 6 de mayo de 2015, COM(2015) 192 final), había parecido que la Comisión adoptaba un enfoque más amplio al observar (p. 8) que "en el campo de la investigación con fines comerciales y no comerciales, la falta de marco jurídico claro y los enfoques nacionales divergentes corren el riesgo de frenar la innovación basada en la utilización de la exploración de textos y de datos".

138. Directiva 96/9 sobre las bases de datos, artículo 6 ("El usuario legítimo de una base de datos o de copias de estas puede efectuar todos los actos considerados en el artículo 5 que son necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y su utilización normal por él mismo sin la autorización del autor de la base"). Comp. Directiva 2009/24 sobre los programas de ordenador, artículo 5.1 ("actos necesarios para permitir al comprador legítimo utilizar el programa de ordenador"). - Directiva 2001/29 sobre la sociedad de la información, artículo 5.1 (reproducción provisional cuya finalidad es permitir una "utilización lícita"). - TJUE, 10 de abril de 2014, C-435/12, *ACI Adam BV et al. c/ Stichting de Thuiskopie et Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding* (carácter lícito de la "fuente" de la copia privada).

132. V. expressément en ce sens l'article 29 A 5) du Copyright, Designs and Patents Act anglais. Cela n'empêche pas, bien sûr, que le contrat a son rôle à jouer dans la mise en œuvre de l'exception. La résolution adoptée par le Parlement européen le 9 juillet 2015 relève à cet égard (pt 55) "qu'il importe de tenir compte des conclusions des nombreuses expérimentations menées par le secteur de l'édition en vue de mettre en place des modèles économiques justes, équilibrés et viables".

133. V. en ce sens J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, préc., p.113. – Rapport Hargreaves, p.57.

134. Rapport Hargreaves, p.56.

135. Il est remarquable, de ce point de vue, que dans l'affaire *Google Books*, évoquée plus haut, le 2<sup>e</sup> circuit de la Cour d'appel des États-Unis ait insisté à plusieurs reprises sur le fait que la solution retenue ne valait que pour le service Google tel qu'il était présenté dans la procédure. V. sur ce constat J. C. Ginsburg, Security failure fair use analysis : <http://www.mediainstitute.org/IPI/2016/012516.php>.

136. Rapport Hargreaves, p.56. – C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, préc., n°207.

137. Le texte adopté en France par la commission mixte paritaire le 29 juin 2016 parvient à un résultat comparable en se référant aux "besoins de la recherche publique". On relèvera que, dans un document antérieur (*Communication sur la stratégie pour un marché numérique unique en Europe*, 6 mai 2015, COM (2015) 192 final), la Commission avait paru retenir une approche plus large en relevant (p.8) que "(d)ans le domaine de la recherche à des fins commerciales et non commerciales, l'absence de cadre juridique clair et les approches nationales divergentes risquent de freiner l'innovation fondée sur l'utilisation de l'exploration de textes et de données".

138. Directive 96/9 sur les bases de données, art.6 ("L'utilisateur légitime d'une base de données ou de copies de celles-ci peut effectuer tous les actes visés à l'article 5 qui sont nécessaires à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale par lui-même dans l'autorisation de l'auteur de la base"). Comp. Directive 2009/24 sur les programmes d'ordinateur, art. 5.1 ("actes nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur"). – Directive 2001/29 sur la société de l'information, art. 5.1 (reproduction provisoire dont la finalité est de permettre une "utilisation licite"). – CJUE, 10 avr. 2014, C-435/12, *ACI Adam BV et autres c/Stichting de Thuiskopie et Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding* (licéité de la "source" de la copie privée).

139. P. Kamocki, "Allow Mining", *supra*, p. 40.

140. Explanatory Memorandum to the Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014, No. 1372, §§ 7.9.2 and 7.9.3.

141. The text adopted by the joint committee of the two houses in France exempts reproductions "made from a legal source".

142. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil & A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *supra*, pp. 110-111.

143. C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, *supra*, no. 208.

144. Hargreaves report, p. 41.

145. Hargreaves report, p. 56. - C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, *supra*, no. 208.

146. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil & A. de Francquen, *supra*, p. 104.

147. *Eod. loc.* ("The word 'mainly' might lead to somewhat more uncertainty and more borderline cases than the word 'solely'").

148. See to this effect J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil & A. de Francquen, *supra*, p. 110 ("it may seem reasonable to impose that the output does not substitute the original sources"). It should be noted that the Court of Appeals for the Second Circuit distinguished use that serves as a substitute for the *information* contained in the copied book (substitution not taken into account by the Court) from use that serves as a substitute for the copied work's expression (relevant for the assessment of the fourth factor). However, as the *TVEyes* case shows, the dividing line between consulting a book for its information and consulting the way in which that information is expressed is not always clear.

149. See, however, the Hargreaves report, p. 56.

139. P. Kamocki, "¿Dejen explorar!", *antes citado*, p. 41.

140. *Explanatory Memorandum to the Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014*, N°1372, § 7.9.2 y 7.9.3.

141. *El texto adoptado en Francia por la comisión mixta paritaria exonera las reproducciones "realizadas a partir de una fuente lícita"*.

142. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil y A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, *antes citado*, p. 110-111.

143. C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, *antes citado*, n° 208.

144. *Informe Hargreaves*, p. 41.

145. *Informe Hargreaves*, p. 56. - C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, *antes citado*, n° 208.

146. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil y A. de Francquen, *antes citado*, p.104.

147. *Eod. loc.* ("The word 'mainly' might lead to somewhat more uncertainty and more borderline cases than the word 'solely'").

148. *V. en ese sentido J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil y A. de Francquen, antes citado, p. 110 ("it may seem reasonable to impose that the output does not substitute the original sources"). Conviene observar que el Tribunal de apelación del 2° circuito ha distinguido la utilización que reemplaza las informaciones contenidas en el libro copiado (sustitución que el Tribunal no tiene en cuenta) de la utilización que reemplaza la expresión del libro copiado (pertinente par la evaluación del cuarto criterio). Sin embargo, como nos lo muestra el pleito TVEyes, la frontera entre la consulta de un libro por sus informaciones y la consulta del modo en que esas informaciones están expresadas no siempre es evidente.*

149. *V. sin embargo Informe Hargreaves, p. 56.*

139. P. Kamocki, "Laissez fouiller!", préc., p.41.
140. Explanatory Memorandum to the Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014, N°1372, § 7.9.2 et 7.9.3.
141. Le texte adopté en France par la commission mixte paritaire exempte les reproductions "réalisées à partir d'une source licite".
142. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, préc., p.110-111.
143. C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, préc., n°208.
144. Rapport Hargreaves, p.41.
145. Rapport Hargreaves, p.56. – C. Bernault, *Open access et droit d'auteur*, préc., n°208.
146. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, préc., p.104.
147. *Eod. loc.* ("The word "mainly" might lead to somewhat more uncertainty and more borderline cases than the word "solely"").
148. V. en ce sens J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, préc., p.110 ("it may seem reasonable to impose that the output does not substitute the original sources"). Il convient d'observer que la Cour d'appel du 2<sup>e</sup> Circuit a distingué une utilisation qui se substitue aux *informations* contenues dans le livre copié (substitution que la Cour ne prend pas en compte) d'une utilisation qui se substitue à *l'expression* du livre copié (pertinent pour l'évaluation du 4<sup>ème</sup> critère). Cependant, comme nous le montre l'affaire *TV Eyes*, la frontière entre la consultation d'un livre pour ses informations et la consultation de la façon dont ces informations sont exprimées n'est pas toujours évidente.
149. V. cependant Rapport Hargreaves, p.56.