WilhelmGilliéron
AVOCATS

Auteur: Wilhelm Gilliéron Avocats | Le : 29 mai 2023

La Cour Suprême des Etats-Unis contre Andy Warhol ?

C'est en tous les cas en ces termes que la Juge Kagan résume dans son opinion dissidente l'opinion majoritaire rendue par la Cour Suprême le 18 mai 2023 dans l'affaire *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts (AWF) v. Goldsmith et al.*

Rappelons que les faits à la base de cette affaire sont les suivants :

I. Les faits

1981. Lynn Goldsmith est mandatée par Newsweek pour faire un shooting photo d'un artiste montant, Prince. Ces photos sont utilisées par Newsweek dans le cadre d'un article consacré à l'artiste :

1984. Goldsmith accorde à Vanity Fair contre paiement de USD 400 une licence pour utiliser l'une des photographies comme référence à l'artiste à des fins d'illustration, la licence précisant par ailleurs que l'utilisation ne doit avoir lieu qu'une seule fois. La licence comportait manifestement le droit pour Vanity Fair de transformer la photographie pour en faire une illustration. Vanity Fair mandate Andy Warhol à cet effet et publie cette illustration dans l'édition de novembre 1984 :

Sans que Goldsmith n'en soit informée, Andy Warhol procède toutefois dans le même temps à une sérigraphie de 15 portraits supplémentaires de Prince qui ne sont toutefois pas publiés (« Série Prince »).

2016. AWF (Andy Warhol Foundation) accorde à Condé Nast une licence sur l'une des images de cette sérigraphie à des fins d'illustration, moyennant une rémunération de USD 10'000. Goldsmith ne reçoit rien.

L'apprenant, Goldsmith informe AWF qu'à son sens, une telle utilisation viole ses droits d'auteur. S'ensuit un litige entre AWF et Goldsmith qui conduit les parties jusque devant la Cour Suprême.

Quelle est la problématique ?

II. Les enjeux posés en droit d'auteur

Le droit d'auteur protège les créations de l'esprit qui présentent un caractère individuel. S'il est possible d'utiliser une œuvre protégée pour en réaliser une autre, encore faut-il demander l'accord de l'auteur de l'œuvre originaire pour réaliser l'œuvre dérivée dont elle s'inspire. On parle justement à ce titre d' « œuvre dérivée ».

A titre d'exemple, un film tiré d'un roman sera une œuvre dérivée du roman, qui exige par conséquent l'accord de l'écrivain pour en faire une adaptation au cinéma. L'œuvre dérivée se sert donc d'une œuvre préexistante pour la transformer et en faire autre chose moyennant l'accord de l'auteur originaire.

Tous les ordres juridiques connaissent cette notion. Tel est le cas du droit suisse à l'art. 3 al. 4 LDA, mais aussi du droit américain, ici applicable. Ainsi le § 106 (3) du *US Copyright Act* prévoit-il que :

« *Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do any authorize any of the following: to prepare derivative works based upon the copyrighted work*"

Ce droit de l'auteur originaire de donner son accord et être payé pour la réutilisation de son œuvre, le cas échéant le refuser, trouve toutefois ses limites dans certaines exceptions consacrées par le droit applicable.

Ainsi en va-t-il par exemple en Europe et en Suisse de l'exception dite de parodie, qui permet à tout un chacun de parodier une œuvre préexistante sans avoir besoin d'obtenir l'accord de l'auteur de l'œuvre dont l'on s'inspire et de risquer un refus.

Alors que l'approche continentale favorise une liste d'exceptions claire et précise, le droit américain a opté pour une approche plus souple au travers de la notion dite de « *fair use* ». Le § 107 du *US Copyright Act* est ainsi rédigé:

"*Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include: (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work*."

En l'espèce, la question consistait à savoir si l'octroi d'une licence par AWF en faveur de Condé Nast sur l'illustration de Prince violait les droits d'auteur de Goldsmith sur la photographie sous-jacente, ou s'il s'agissait d'un cas de « *fair use* ».

Alors que la SDNY avait jugé en première instance en faveur de AWF, la Cour d'appel a au contraire considéré que les conditions posées à l'exception de « *fair use* » n'étaient pas réalisées et que les droits d'auteur de Goldsmith avaient bien été violés. Saisie d'un recours, la Cour Suprême avait accepté de traiter de cette affaire.

Pourquoi la Cour avait-elle accepté de se saisir de cette affaire et son issue ardemment scrutée par les spécialistes de propriété intellectuelle ?

III. L'arrêt

La difficulté principale en cette affaire résidait pour la Cour à interpréter le premier facteur du § 107 susmentionné pour déterminer si, dans le cas d'espèce, on était ou non en présence d'un cas de « *fair use* », autrement dit le « *purpose and character of the use* ».

A cet égard, optant pour une pente savonneuse, les tribunaux américains, y compris la Cour Suprême, ont peu à peu interprété ce critère en répondant à la question suivante : l'œuvre de base a-elle été transformée par l'œuvre soumise à l'examen du tribunal saisi ? A supposer qu'il soit répondu de manière positive à cette question, il était devenu courant d'accepter la présence d'un cas de « *fair use* », sans examiner guère plus avant les trois autres conditions pourtant posées par le § 107 du *US Copyright Act*.

Cette évolution avait été dénoncée par de nombreux auteurs américains, au point que les Professeurs Menell et Ginsburg s'étaient fendus d'une *Amicus Curiae* attirant l'attention de la Cour Suprême sur la dérive prise par les tribunaux américains et le besoin de clarifier les rapports entretenus par les § 106 et 107 du *US Copyright Act*.

Rappelons en effet que l'œuvre dérivée, qui tombe sous le coup du droit exclusif du titulaire pour pouvoir être exploitée, implique de manière quasiment systématique que l'œuvre de base soit transformée. Or, si la transformation d'une œuvre suffit à considérer que l'on se trouve en présence d'un cas de « *fair use* », on peine alors à voir quelle peut être la différence entre une œuvre transformée exigeant l'accord du titulaire de l'œuvre dont elle s'inspire en application du § 106, et celle où l'on serait en présence d'un cas de « *fair use* » au sens du § 107 n'exigeant pas un tel accord.

Il y avait donc urgence à clarifier la situation.

Si l'*Amicus Curiae* déposée par les Professeurs Menell et Ginsburg n'est jamais mentionnée dans l'arrêt rendu par la Cour Suprême, il ne fait cependant à mon sens guère de doute qu'elle aura marqué les esprits et joué un rôle non négligeable dans l'issue donnée à cette affaire.

La Cour considère en effet que la transformation opérée par Warhol de la photographie de Prince par Goldsmith ajoute assurément certains traits à cette photographie, mais qu'au final, on se trouve toujours en présence d'une représentation de l'artiste. Somme toute, l'usage qu'en fait Condé Nast ne diverge guère de l'usage que ce magazine aurait pu faire de la photographie de Goldsmith, et l'appropriation par Warhol de l'œuvre de Goldsmith aboutit à la priver d'un marché (soit celui des éditeurs de presse) pour lequel elle pourrait également concéder des licences et être rémunérée.

En réalité, telle qu'elle est interprétée dans le cadre du premier critère posé par le § 107, la transformation de l'œuvre doit être beaucoup plus profonde. Elle doit dénaturer la finalité de l'œuvre reprise pour lui en donner une nouvelle, d'où la référence expresse au § 107 à la possibilité conférée de se servir d'une œuvre préexistante pour la commenter, s'en servir dans le cadre d'un enseignement, à des fins de parodie, etc.

Tel n'était pas le cas en l'espèce, où tant la photographique que l'illustration de Warhol ont un seul but : représenter, de manière certes différente, un artiste.

Partant, il faut selon la Cour Suprême admettre que l'utilisation faite de l'œuvre de Goldsmith dans le cas d'espèce n'est pas un cas de « *fair use* », mais bien plutôt une œuvre dérivée qui aurait exigé son accord. En décider autrement reviendrait à vider purement et

simplement de sa substance le § 106 du *US Copyright Act*.

IV. Opinion personnelle

L'arrêt suscite quelques remarques, dont le bien-fondé peut évidemment être discuté suivant la sensibilité des uns et des autres :

1. A mon sens, l'arrêt est très largement convaincant. La Cour a le mérite d'apporter une clarification bienvenue dans le jeu des §§ 106 et 107 du *US Copyright Act* qu'il devenait particulièrement difficile d'expliquer, avec le risque de voir la notion d'œuvre dérivée vidée de sa substance. Tel ne devrait pas être le cas, même si toutes les interrogations et doutes y relatifs ne sont pas encore écartés.

2. Quelques points demeurent en effet à mon sens regrettables :

Tout d'abord, le fait que la Cour attire expressément l'attention sur le fait que son examen se cantonne au premier critère du § 107, soit le « *purpose and character of the use* », à l'exclusion des trois autres qui ne faisaient pas l'objet du recours, laissant la porte ouverte à de plus amples discussions sur l'interaction de ces différents critères.

Ensuite, le fait que la Cour précise très clairement que « *[t]he Court limits its analysis to the specific use alleged to be infringing in this case – AWF's commercial licensing of Orange Prince to Condé Nast – and expresses no opinion as to the creation, display or sale of the original Prince Series works*", un point que AWF s'est fait fort de relever en prenant connaissance du jugement somme toute défavorable. A dire vrai, l'affaire étant dirigée contre AWF et non Condé Nast, on peut se demander si la véritable question n'était pas celle de la transformation de la photographie de Goldsmith par AWF, bien plus que la seule exploitation de cette illustration dans un magazine par Condé Nast, qui n'était pas partie à l'instance.

A mon sens, il me semble que c'est très clairement le traitement de AWF qui était en cause, Condé Nast n'étant pas partie à la procédure, et la Cour aurait donc dû avoir le courage de qualifier sur le plan juridique la nature des sérigraphies de Warhol, un point que la Juge Kagan ne manque du reste pas de relever dans une note de bas de page de son opinion dissidente :

« *The statute – that is, the actual one – thus focuses attention on what the copier does with the underlying work. So when the statute more particularly asks (in factor 1) about the "purpose and character of the use" – meaning again, the "use made of [the copyrighted] work" – it is asking to what end, and with what result, the copier made use of the original*".

A cet égard, la Juge Kagan a à mon avis raison, et la Cour aurait dû se prononcer sur la sérigraphie elle-même, et non sur cette seule licence accordée à Condé Nast.

3. En réalité, et la Juge Kagan l'a bien compris, toute la difficulté réside en la dérive témoignée par la jurisprudence américaine, y compris par la Cour Suprême. Ainsi la Cour avait-elle considéré dans l'affaire Google LLC v. Oracle America rendue le 5 avril 2021 que la transformation du code source de Oracle pour assurer l'interfaçage avec le système d'exploitation Android de Google était une transformation tombant sous le coup du « *fair use* ».

Or, force est d'admettre comme le relève la Juge Kagan que l'on peine à voir en quoi dans l'affaire *Google* l'adaptation faite par cette société aurait dénaturé l'œuvre première à savoir le code source de Oracle. Si une telle utilisation équivaut à un « *fair use* », on peut alors se demander pour quelle raison il en irait différemment de l'illustration faite par Warhol de la photographie prise par Goldsmith.

Sur ce plan, le droit européen, avec son exception d'interopérabilité, aurait sans doute ouvert à la Cour Suprême des pistes plus propices qu'un exercice d'équilibriste particulièrement périlleux et laissant plusieurs questions ouvertes. Si la Cour Suprême cherche ainsi dans l'arrêt *Warhol* à se remettre dans le droit chemin, son argumentation à l'aune de cette affaire *Google* ne convainc guère et laisse encore la place à certaines questions non – ou du moins pas clairement – résolues.

4. Nonobstant ces remarques critiques toujours aisées *a posteriori* dans une affaire particulièrement complexe aux enjeux multiples, la Cour Suprême aboutit à un résultat convaincant. L'opinion dissidente de la Juge Kagan ne convainc pas, à tout le moins à deux égards :

Tout d'abord, en raison du fait qu'elle s'érige en experte de l'art invoquant le besoin de pouvoir s'inspirer les uns des autres et de protéger Warhol parce que, après tout, c'est un Warhol. Or, la Cour Suprême se fait fort de rappeler qu'elle n'est pas là pour apprécier le caractère esthétique d'une œuvre, mais bien pour appliquer le droit.

Ensuite, et surtout, parce que la Juge Kagan ne traite à aucun moment de la question de savoir ce qu'il adviendrait de la notion d'œuvre dérivée si n'importe quelle transformation devait être considérée comme un « *fair use* ». La Cour, elle, répond à cette question centrale en proposant une piste de sortie à mon sens convaincante et qui permet aux deux dispositions de cohabiter.

5. Il ne fait guère de doute que l'arrêt sera largement commenté et décortiqué. Son impact pourrait être conséquent en certains domaines comme le développement rapide de l'intelligence artificielle. Ainsi pourrait-il – peut-être – en résulter que la reproduction d'œuvres protégées à des fins d'entraînement d'un algorithme d'intelligence artificielle pourrait, pour le coup, être considéré comme une transformation dénaturant l'œuvre de sa finalité première et, par conséquent, satisfaisant au premier critère posé par le § 107…Cela suffira-t-il à satisfaire les trois autres critères posés par ce paragraphe et permettre à ceux qui exploitent des sets de données d'entraînement d'y voir un cas de « *fair use* » ? Affaire à suivre en particulier dans le cadre des affaires Midjourney et Stable

Diffusion actuellement pendantes aux Etats-Unis où les avocats se feront certainement fort de se référer à cet arrêt.

6. Enfin, on relèvera qu'en droit suisse, en un choix à mon avis regrettable, le législateur a décidé de protéger les photographies indépendamment de leur éventuel absence de caractère individuel (art. 2 al. 3bis LDA). Depuis le 1er avril 2020, leur reprise exige donc l'accord de leur auteur, aussi banales soient-elles.

Nonobstant cette protection étendue dont jouissent ainsi les photographes, il est cependant admis que l'accord du titulaire originaire d'une œuvre protégée (pas seulement les photographes) n'est pas exigé lorsque les traits individuels de l'œuvre première s'effacent pour laisser place à une œuvre que l'on peut considérer comme « nouvelle » et totalement indépendante de l'œuvre première ; on parle alors de libre utilisation. Pour reprendre un exemple cité par la Juge Kagan dans son opinion dissidente, et indépendamment du fait que Vélazquez se trouve aujourd'hui dans le domaine public, le retravail important par Francis Bacon du portrait du pape Innocent X par Vélazquez tomberait sous le coup de cette libre utilisation, ne serait-ce que parce que, comme évoqué plus haut, l'œuvre est alors dénaturée et sa finalité modifiée, puisque l'on n'est plus en présence d'un portrait à proprement parler :

On pourrait en dire de même du retravail par Picasso des Ménines de ce même Vélazquez :

Quant aux modèles de Vénus, et toujours pour répondre aux objections de la Juge Kagan concernant les représentations en particulier de Giorgione et de Titien ci-dessous, peut-être faudrait-il tout d'abord s'interroger sur le caractère individuel et protégeable donné à l'arrangement et au positionnement des personnages, voire à la question de savoir si ce positionnement et cet arrangement étaient le reflet d'un style propre à cette époque, dont on sait qu'il n'est pas protégé en droit d'auteur. A supposer qu'ils le soient et que l'on ne considère pas que les traits individuels de l'œuvre de Giorgione passent à l'arrière-plan dans celles de Titien, alors l'œuvre de Titien doit-elle en effet à mon sens être considérée comme une œuvre dérivée de Giorgione qui, à l'aune de nos législations actuelles, aurait permis à Giorgione de réclamer compensation pour une telle exploitation :

Un tel résultat nuit-il à l'innovation et à la culture ? La notion d'œuvre dérivée devrait-elle être réinterprétée et de nouvelles limites mises sur pied ? Si la question mérite d'être posée, la réponse doit sans doute être apportée par le législateur, non par un Tribunal qui, comme l'écrivait Montesquieu dans *De l'esprit des lois*, « *[…] est la bouche qui prononce les paroles de la loi* ». Le Tribunal dit le droit ; il ne l'écrit pas. La Cour Suprême l'a bien compris ; on ne peut que l'en remercier.

Source :
https://www.wg-avocats.ch/actualites/propriete-intellectuelle/la-cour-supreme-des-etats-unis-contre-andy-warhol/