La bataille du sample devant la Cour constitutionnelle allemande : liberté artistique versus propriété intellectuelle

Liberté artistique et propriété intellectuelle (Cour constitutionnelle
allemande)

Alexandre Gaschignard et Matthias Louette

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2521>

DOI : 10.4000/revdh.2521

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Alexandre Gaschignard et Matthias Louette, « La bataille du sample devant la Cour constitutionnelle allemande : liberté artistique versus propriété intellectuelle », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 septembre 2016, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2521> ; DOI : 10.4000/revdh.2521

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Tous droits réservés

La bataille du sample devant la Cour constitutionnelle allemande : liberté artistique versus propriété intellectuelle

Liberté artistique et propriété intellectuelle (Cour constitutionnelle allemande)

Alexandre Gaschignard et Matthias Louette

- 1 Le terme *sample* est un anglicisme désignant « un échantillon musical qui peut être retravaillé sur ordinateur pour être intégré dans une nouvelle composition »¹. Récupéré au sein d'un enregistrement plus long, l'extrait sonore est sorti de son contexte afin d'être utilisé musicalement sous forme de voix, de note, de motif musical ou d'un bruitage en boucle. Cette technique a été particulièrement récurrente lors de la création de musique hip-hop (dont elle est parfois la base même) et électronique. Le *sample* s'inscrit dans la catégorie plus large des œuvres dites transformatrices. L'avocate Murielle Cahen définit ces dernières comme une « œuvre qui emprunte à une œuvre première et apporte à son tour une création originale, lui conférant une protection par le droit d'auteur »². Au sens du droit de la propriété intellectuelle, ces œuvres nouvelles sont soumises à l'autorisation de l'auteur ou de l'ayant droit de l'œuvre première, faute de quoi le créateur de l'œuvre seconde sera considéré comme un contrefacteur.
- 2 *Please don't stop the music* de Rihanna en est sans doute l'exemple le plus remarquable. Certaines séquences de cette chanson avaient été empruntées – après autorisation – au succès de Michael Jackson *Wanna be startin' something*, qui avait lui-même prélevé ce fragment dans le *Soul Makossa* de Manu Dibango. Ce dernier avait alors intenté une action en justice devant les tribunaux français contre les maisons de production des deux artistes, affaire toutefois non jugée sur le fond suite à son désistement³. Les études menées en 2013 par l'institution française Hadopi illustrent bien l'ampleur de l'utilisation du *sample* dans la création artistique actuelle. Selon leurs observations, plus d'un tiers des vidéos musicales mises en ligne sont des vidéos amateurs, 5,6 % contiennent une piste

audio modifiée, et 28,7 % une piste vidéo non originale. Avec l'émergence du web 2.0, cette dynamique serait par ailleurs en constante amplification puisque chaque utilisateur peut désormais compiler et transformer des œuvres déjà existantes, et toucher un public planétaire⁴. On comprend aisément les complications juridiques générées par cette nouvelle pratique, notamment avec une opposition entre droits d'auteurs pour les uns, et liberté de la création artistique pour les autres.

- 3 C'était précisément là le cœur de l'affrontement entre le groupe allemand Kraftwerk et le producteur-compositeur Moses Pelham. Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben, membres du légendaire groupe de musique électronique, se battaient depuis 1997 pour faire valoir leurs droits sur un rythme⁵ de percussions d'une durée de deux secondes, tiré du morceau *Metall auf Metall*, et repris en boucle dans la chanson *Nur mir* de la rappeuse Sabrina Setlur. Y voyant une violation de leur droit de propriété garanti par l'article 14 de la Loi Fondamentale, ils intentèrent une action en justice afin que soit reconnu leurs droits d'auteur et versé des royalties. La procédure dura 19 ans. L'affaire fut deux fois tranchée par la *Bundesgerichtshof* (la Cours de Cassation) avant que Moses Pelham, invoquant pour sa part la liberté de création artistique, ne porte l'affaire devant la Cour Constitutionnelle allemande.
- 4 Le recours déposé au *Bundesverfassungsgericht* interrogeait les juges sur les conditions auxquelles la reprise d'extraits d'une œuvre protégée par des droits d'auteurs peut tomber sous le sceau de la liberté de la création artistique.
- 5 Sur cette question, les droits français et allemand semblent tous deux être en pleine évolution. En effet, s'ils ont longtemps rejeté la reconnaissance d'un droit au *sample* (1°), une reconnaissance – strictement encadrée – paraît désormais être de mise de part et d'autre du Rhin (2°).

1°/- Un droit au *sample* traditionnellement contesté

- 6 En Allemagne, comme en France, un arsenal législatif a été mis en place afin de protéger de façon étendue les droits de propriété des auteurs. Les principes appliqués à l'affaire *Kraftwerk c. Moses Pelham*, avant son passage devant la Cour Constitutionnelle, en sont la parfaite illustration.

A- Des législations strictes des deux côtés du Rhin

- 7 La liberté de la création artistique, en tant que composante de la liberté d'expression, est une des plus hautes valeurs protégées en Allemagne, par l'article 5 alinéa 3 de la Grundgesetz (Loi fondamentale allemande) : « *L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres* ». Les auteurs de ces œuvres bénéficient de la protection de leur travail, le respect de leur propriété étant garanti par l'article 14 alinéa 1.
- 8 Au niveau législatif, les créations artistiques protégées au § 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG, Code de propriété intellectuelle) sont les œuvres littéraires, les sciences et les arts. Le § 2 précise ensuite que cette énumération n'est pas exhaustive, car peuvent également tomber sous son sceau les discours, les danses, les pantomimes ainsi que les films. Quatre éléments explicités dans le code sont nécessaires à une œuvre pour que cette dernière soit protégée, à savoir : une création personnelle ; matérialisée ou « matérialisable » ; issue d'un véritable travail de l'esprit ; et revêtant un caractère proprement original. En

outre, le § 15 stipule que le producteur de l'œuvre a droit à la jouissance exclusive de sa création. Ainsi, ce dernier doit toujours jouir de son droit de propriété, tant en cas de nouvelles utilisations de son œuvre, que lors de la diffusion d'une version modifiée de cette dernière.

- 9 Les §§ 24 et 85 UrhG intéressent également le cas de l'espèce. Le § 24, qui garantit la *freie Benutzung* (la libre utilisation), prévoit que l'auteur d'une œuvre composite est par principe en droit de reprendre ou utiliser tout ou partie d'une œuvre première. L'accord du créateur de l'œuvre première n'est pour cela pas nécessaire. Toutefois, l'alinéa 2 précise que cette disposition ne s'applique pas aux œuvres musicales, lorsque la mélodie de l'œuvre première est reconnaissable. De son côté, le § 85 garantit la « *protection des intérêts économiques, organisationnels et techniques du producteur de phonogramme* ». Reprenant les principes posés au § 15, il dispose que la protection vaut pour l'œuvre musicale dans son intégralité. En effet, chaque élément de cette dernière est soumis aux droits d'auteur du « *producteur du phonogramme* ». Ainsi, même la plus minime des exploitations de l'œuvre sera conditionnée à l'accord préalable de son auteur.
- 10 S'agissant de la loi française, le code de la propriété intellectuelle ne fait jamais directement référence à l'échantillonnage. Cependant, par des moyens détournés, elle les prend en compte, tant en interdisant le libre recours au *sample* qu'en limitant ou reconnaissant un droit au *sample*. C'est la jurisprudence qui, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2004, a juridiquement défini l'échantillonnage : « *La technique du sample consiste dans l'intégration d'extraits musicaux dans une autre et ne peut du fait de sa fragmentation qui constitue une altération de l'œuvre première, être pratiquée sans l'autorisation de l'auteur* »⁶. Cette pratique fut longtemps considérée comme contrefaisante. En effet, aux termes de l'article L122-4 du Code de la propriété intellectuelle (CPI), « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite* ». L'article précise qu'il en va de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque. Par ailleurs, en application de l'article L335-3 du CPI, « *est un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi* ». Ce délit est sanctionné par trois ans d'emprisonnement, et 300 000 € d'amende (article L335-2-1 du CPI).

B- Le Null-Toleranz-Prinzip, reflet d'une législation protectrice des intérêts financiers

- 11 En 1977, le groupe Kraftwerk édite sur l'album *Trans Europa Express* le titre *Metall auf Metall*. Vingt ans plus tard, sort l'album *Die neue S-Klasse*, produit par Moses Pelham. Parmi les titres de ce dernier, se trouve le single hip-hop *Nur mir*, reprenant une séquence rythmique de deux secondes du titre *Metall auf Metall*. Pour les plaignants, la reprise de cet échantillon se fait en violation du droit à la protection de leur création. Ils engagèrent donc un procès, justifiant leur plainte par une violation manifeste de leur droit de propriété en tant qu'auteur de la création musicale. Les sévères normes de l'*Urheberrechtsgesetz* trouvèrent à s'y appliquer de façon implacable.
- 12 Le Tribunal régional de Hambourg (*Landgericht*, première instance), en 2004, ainsi que le Tribunal régional supérieur (*Oberlandsgericht*, Cour d'appel), en 2006, tranchèrent le litige en faveur de Kraftwerk. La *Bundesgerichtshof* confirma les solutions retenues par les

instances précédentes, estimant également que le § 85 UrhG est univoque : même les plus petites reproductions de sons (« *kleinste Tonfetzen* ») font partie intégrante des droits du producteur de phonogramme. Afin d'examiner si l'atteinte à ce droit ne pourrait être justifiée par le § 24 UrhG, concernant la libre utilisation, les juges de la Cour de cassation renvoyèrent l'affaire devant le Tribunal régional supérieur. En 2011, après étude de la question, ce dernier répondit négativement et trancha une fois encore en faveur du groupe Kraftwerk. Moses Pelham se pourvut une seconde fois en cassation, sans plus de succès.

- 13 En effet, le 13 décembre 2012, la *Bundesgerichtshof* refusa encore de reconnaître un quelconque droit à l'échantillonnage. Elle estima que si l'auteur d'une œuvre seconde souhaite reprendre un rythme musical présent dans une œuvre première, alors il doit :
 - soit, obtenir l'autorisation préalable de l'auteur du rythme, et verser des royalties ;
 - soit, recréer lui-même le phonogramme, par des moyens techniques propres, à la condition qu'il en ait la capacité au moment de la récupération⁷.
- 14 Les juges précisent enfin que l'échantillonnage ne peut être libre que lorsque le *sample* est court, ne contient pas de mélodie, se fond entièrement dans la nouvelle œuvre, et ne peut être obtenu par une création propre. Ne considérant pas ces conditions remplies en l'espèce, ils déboutèrent Pelham, affirmant qu'il aurait dû obtenir l'autorisation préalable du groupe Kraftwerk. Par cet arrêt, la Cour confirmait donc le principe dit de « *Null Toleranz* », tolérance zéro, prévalant en matière de protection de la propriété intellectuelle.
- 15 La Cour fédérale avait estimé avoir trouvé un juste équilibre entre les articles 5 alinéa 3 et 14 de la Loi Fondamentale. On peut résumer l'interrogation guidant le cheminement intellectuel des juges de la sorte : pourquoi Pelham aurait-il pu être autorisé à utiliser le travail de Kraftwerk, si, avec un peu d'effort, il aurait pu obtenir le même résultat ? De façon plus théorique, pourquoi une personne serait-elle autorisée à utiliser l'œuvre d'un tiers, lorsqu'elle a, de fait, la possibilité de jouir de sa liberté artistique d'une manière autonome. Mais en l'espèce, les juges de Karlsruhe perçurent dans ce raisonnement une claire limitation de cette même liberté.

2°/- Un droit au *sample* désormais consacré

- 16 En Allemagne et en France semble émerger un véritable droit au *sample*. Dans l'arrêt ici étudié, la *Bundesverfassungsgericht* a clairement reconnu et encadré ce droit. Deux éléments permettent de considérer qu'une telle évolution s'est également amorcée en France : d'une part, une construction jurisprudentielle posant le critère du caractère reconnaissable du *sample* par l'auditeur moyen, mais toutefois non consacrée par la Haute juridiction ; d'autre part, un arrêt de principe du 15 mai 2015, relatif à l'incorporation et aux œuvres composites visuelles, applicable à la problématique de l'échantillonnage.

A - Une prédominance de la création artistique sur les intérêts financiers

- 17 En déboutant le groupe Kraftwerk, le *Bundesverfassungsgericht* a estimé que la liberté artistique pouvait, dans certains cas, prévaloir sur les intérêts économiques. En effet, la Cour a dans cette décision considérée que si l'atteinte aux droits d'exploitation d'un

auteur était « marginale, alors la liberté artistique prend le pas sur les intérêts du propriétaire du droit d'auteur ». Elle a ainsi donné raison au producteur de la chanson incriminée, Moses Pelham, estimant que l'intérêt artistique devait prévaloir. Elle a par ailleurs considéré que la technique du *sampling* de morceaux de musique existants était dans la nature même du hip-hop : « l'utilisation de samples est un élément prégnant du hip-hop (...), cet aspect spécifique à ce genre ne peut être ignoré ». Cette décision va ainsi à l'encontre des arrêts rendus en 2008 et 2012 par la *Bundesgerichtshof*. En effet, cette instance avait par deux fois donné raison à Kraftwerk, considérant que la simple utilisation d'une « *bribe sonore* » issue d'un morceau original était soumise aux droits d'auteur et d'exploitation. Elle avait ainsi estimé qu'un artiste ne pouvait utiliser un échantillon original qu'à la condition de verser des royalties au créateur de l'œuvre première. A défaut, il devait recréer et réenregistrer lui-même l'extrait concerné, faisant par ce procédé sienne cette création.

- 18 La Cour constitutionnelle a quant à elle considéré que ces conditions n'étaient pas proportionnées, qu'elles limitaient indûment la création, et portaient ainsi atteinte à la liberté d'expression. Les huit juges de la première Chambre de la Cour constitutionnelle reprochent à la Cour de cassation d'avoir surestimé l'impact du *sample* sur les intérêts du groupe Kraftwerk, tout en sous-estimant les conséquences de leur décision pour la production musicale. D'une part, elle considère que les musiciens n'ont pas nécessairement les moyens de verser de telles royalties, rappelant par ailleurs qu'un morceau peut compter « de nombreux samples différents ». En outre, elle précise que la technique du réenregistrement présente également à ses yeux de nombreuses difficultés, notamment techniques. En effet, elle ne considère pas ces procédés comme étant à la portée de tous les artistes. Dès lors, les juges consacrent l'échantillonnage comme un processus artistique légitime, étant bien protégé par l'article 14 de la Loi Fondamentale. Ils posent toutefois une condition à ce droit au *sample*, à savoir que la nouvelle « œuvre n'entre pas en concurrence directe avec le morceau original » et n'entraîne pas, pour le détenteur des droits, de préjudice financier. En l'espèce, la Cour a estimé que la diffusion du morceau de rap *Nur Mir* ne rentrait pas en compétition directe avec le morceau original *Metall auf Metall*, d'inspiration électro, et n'impliquait donc pas de pertes financières pour les auteurs.

B - En France, « sampler » n'est pas plagier

- 19 Afin de démarquer le *sample* de la contrefaçon, deux approches jurisprudentielles françaises peuvent être citées. D'une part, certaines juridictions ont opté pour le critère du « caractère reconnaissable de l'échantillon par l'auditeur moyen ». Apparue dans deux jugements du TGI de Paris en 1993 et 2000⁸, il fut également repris par un arrêt de la Cours d'appel de Toulouse en 2000⁹. Ce critère permet de conclure à la licéité de l'échantillon si la musique d'origine n'est plus reconnaissable par « l'auditeur moyen ». L'avocat Hervé Despujol¹⁰ explique qu'en matière de contrefaçon d'œuvres de variété, « les juges conviennent tout d'abord qu'il faut privilégier l'audition, ainsi que l'impression produite par rapport à l'analyse technique. Cette notion d'impression auditive est ensuite généralement rattachée à celle d'oreille moyennement exercée, ou d'auditeur moyen »¹¹. Ainsi, la contrefaçon sera caractérisée si l'auditeur moyen trouve que le *sample* est reconnaissable dans l'œuvre seconde. L'idée guidant cet édifice jurisprudentiel, est que s'il n'y a pas confusion des deux œuvres dans l'esprit du public, alors il ne peut y avoir plagiat. Cette approche n'a

toutefois pas été étudiée par la Cour de cassation. On ne peut donc pas encore y voir un véritable principe établi du droit de la propriété intellectuelle.

- 20 D'autre part, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a rendu, le 15 mai 2015, un arrêt concernant les œuvres composites, sans doute aucun applicable au droit au *sample*. L'affaire concernait l'incorporation par un peintre d'une photographie – œuvre première – dans son tableau – œuvre seconde. Se prévalant de ses droits d'auteur, et estimant que le peintre avait commis une contrefaçon, le photographe l'attaqua en réparation de son préjudice. La Cour d'appel lui donna raison considérant qu'il s'agissait bien là d'une violation de son droit de propriété. Cependant, la Haute juridiction cassa l'arrêt d'appel, et trancha en faveur du peintre. Celui-ci se prévalait de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Cet article prévoit la liberté d'expression et englobe la liberté de création artistique. Comme le fera un an plus tard le *Bundesverfassungsgericht* dans l'arrêt étudié, la Cour de cassation procéda à une balance des intérêts, consistant à rechercher quel droit mérite le plus d'être protégé : le droit d'auteur, ou la liberté de création ? Elle estima que la démarche du peintre résultait d'une véritable recherche artistique et que l'œuvre première se fondait entièrement dans la nouvelle création. Ainsi, elle considéra qu'en l'espèce interdire toute utilisation de l'œuvre première dans la création de l'œuvre composite reviendrait à limiter la liberté de création de manière disproportionnée. Par analogie, cette solution semble parfaitement pouvoir s'appliquer au droit au *sample*. En conséquence, les œuvres musicales constituées d'échantillons pourraient être qualifiées d'œuvres composites, et être donc protégées par la liberté de la création artistique.
- 21 Il appert que les juridictions européennes ont actuellement tendance à privilégier la liberté d'expression sur les droits d'auteur. De fait, nombre de systèmes juridiques ont également adopté, à l'instar de l'Allemagne et de la France, des solutions jurisprudentielles similaires¹². La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne procèdent aussi de ce mouvement encourageant la liberté de création¹³. Il est ainsi permis d'anticiper, voire d'espérer, la consécration prochaine d'un droit au *sample* à l'échelle européenne.

*

- 22 **Décision du Bundeversammlungsgesicht du 31 mai 2016 – 1 BvR 1585/13 – Kraftwerk c. Moses Pelham**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. *Le Petit Robert*, édition 2016, p 2302.
 2. M. Cahen, « Les œuvres transformatrices » Article juridique, 16 janvier 2014
 3. Voir B. Lavaine, « Dibango recalé face à Jackson et Rihanna », *RFI*, 18 février 2009.
 4. Rapport Hadopi 2013
 5. « On appelle 'rythme' le retour périodique des temps forts et des temps faibles, la disposition régulière des sons musicaux, qui donnent au morceau sa vitesse et son allure caractéristique », A. R. Bertrand, *Droit d'Auteur*, Dalloz Action, 2011/2012, p. 772.
 6. Cour d'appel de Paris 4^{ème} chambre Sect. B 22 octobre 2004 Marc Cerrone c/ Alain Wisniak et autres
 7. http://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/19ke/page/bsjrsprod.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=10908&fromdoctodoc=yes&doc.id=
 8. TGI Paris, 2 décembre 1993, *Les inconnus c/ Maceo Parker* ; TGI Paris, 5 juillet 2000, *Cooper c/ Sté Ogilvy & Mathe*
 9. CA Toulouse, 16 mars 2000, *Alquier-Bouffard et al. c/ Ministère public. Communication, Commerce électronique*, n° 11, novembre 2000, p. 18, n° 113 et JCP, éd. G, n° 3, 17 janvier 2001, IV 1134, p. 1
 10. He. Despujol, « Musique de variété et contrefaçon au regard des nouvelles techniques d'enregistrement et de diffusion », *LPA*, 16 janvier 1998 n° 7, p. 4
 - 11.
 12. Comme par exemple le Royaume-Uni (*Ashdown v. Telegraph Group* [2001] EWCA Civ 1142) ou les Pays-Bas (Cour d'appel de la Haye, 9-6-1999, n° 96/1048, *Church of Scientology v. Dataweb*)
 13. Marie Soulez, Contrefaçon de droit d'auteur et liberté d'expression, *Article juridique*, 1^{er} juin 2016
-

RÉSUMÉS

La bataille juridique engagée il y a 19 ans entre le groupe électronique allemand Kraftwerk et le producteur Moses Pelham a pris fin, le 31 mai 2016, par une décision adoptée par le Bundesverfassungsgericht (Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne). En refusant de reconnaître au premier des droits d'auteur sur un sample utilisé par le second, la Cour a renforcé la liberté de création artistique (article 5 alinéa 3 de la Loi Fondamentale) au détriment du droit à la propriété (article 14 de la Loi fondamentale).

AUTEURS

ALEXANDRE GASCHIGNARD

Etudiant du Master bilingue droit français/droits étrangers (MBDE) de l'Université Paris Ouest
Nanterre La Défense

MATTHIAS LOUETTE

Etudiant du Master bilingue droit français/droits étrangers (MBDE) de l'Université Paris Ouest
Nanterre La Défense