

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. NICHOLAS EMILIOU  
présentées le 17 juin 2025 (1)

**Affaire C-590/23**

**CG,  
YN  
contre  
Pelham GmbH,  
SD,  
UP**

[demande de décision préjudicielle formée par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne)]

« Renvoi préjudiciel – Droit d’auteur et droits voisins – Société de l’information – Directive 2001/29/CE – Article 2 – Droits de reproduction – Portée – Parties d’œuvres – Parties de phonogrammes – Échantillonnage – Exceptions et limitations – Article 5, paragraphe 3, sous k) – Utilisation à des fins de pastiche – Portée – Droits fondamentaux – Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Article 13 – Liberté des arts »

## I. Introduction

1. Le présent renvoi préjudiciel est le deuxième formé par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) (ci-après le « BGH ») dans le cadre du litige opposant, depuis vingt ans, les membres du groupe de musique électronique Kraftwerk, d’une part, aux producteurs de hip-hop SD et UP ainsi qu’à la société de production Pelham GmbH, d’autre part. Il porte sur l’utilisation, dans un titre musical de hip-hop (« Nur mir ») sorti en 1997 par ces derniers, d’un extrait de 2 secondes (« échantillon sonore », ou *sample*) (2) qu’ils ont « emprunté », sans autorisation, du phonogramme (3) d’un titre musical

électronique d'avant-garde (« Metall auf Metall ») produit par Kraftwerk en 1977.

2. Dans son arrêt *Pelham I* (4), la Cour a jugé, en réponse à la première saisine préjudicielle par le BGH dans ce litige, que l'utilisation de tels « échantillons » de phonogrammes existants dans de nouveaux titres musicaux relève, en principe, du droit exclusif de reproduction conféré aux producteurs de ces phonogrammes au titre de l'article 2, sous c), de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (5) (ci-après la « directive InfoSoc »). Ainsi, en règle, un tiers ne peut procéder à une telle utilisation sans l'autorisation du producteur concerné, sous peine de violer le droit exclusif en question.

3. Dans le cadre du présent nouveau renvoi préjudiciel, le BGH demande à la Cour si l'« échantillonnage » (*sampling*) pourrait néanmoins être considéré comme librement permis en vertu de l'une des exceptions prévues à l'article 5 de la directive InfoSoc, à savoir « l'utilisation à des fins de [...] pastiche » [paragraphe 3, sous k)]. À cet égard, le BGH se demande, plus généralement, si cette exception (qui n'est pas définie par cette directive et sur laquelle la Cour ne s'est, jusqu'à présent, jamais penchée) permet aux tiers d'« emprunter » librement du matériel protégé existant (tel que des phonogrammes) pour créer de nouvelles œuvres d'art (telles que de nouvelles œuvres musicales), à la lumière de la liberté des arts prévue par l'article 13 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »).

4. Cette question est de nature transversale. Dans tous les domaines des arts, les artistes empruntent, à des degrés divers, et plus ou moins ouvertement, aux créations passées depuis la nuit des temps. Il s'agit également d'une question cruciale. En effet, les limites précises que la propriété littéraire et artistique impose (ou peut valablement imposer, à la lumière de la liberté des arts) à ce processus font fréquemment l'objet de débats et de litiges devant les juridictions dans le monde entier. Depuis une vingtaine d'années, l'apparition des services du « Web 2.0 » et du « Web 3.0 » a jeté un nouvel éclairage sur cette question, des plateformes en ligne telles que YouTube ou Tik-Tok permettant à des millions d'utilisateurs d'interagir avec le matériel audiovisuel existant et de le réutiliser pour créer et partager leur propre contenu (« contenu généré par les utilisateurs » ou « CGU »). À cet égard, la présente affaire est également importante pour l'interprétation de l'article (encore récent) 17, paragraphe 7, sous b), de la directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (6) (ci-après la « directive CDSM »), qui permet librement les CGU créés en tant que « pastiche » (7).

5. Tout en s'en remettant à la sagesse de la Cour, la juridiction de renvoi postule qu'il pourrait être *nécessaire*, à la lumière de ces expressions artistiques et de la liberté fondamentale des arts garantie par l'article 13 de la Charte, d'interpréter l'exception de « pastiche » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc comme couvrant ces divers exemples de réutilisation artistique de matériel protégé, étant donné que les autres principes, limitations et exceptions qui réduisent la portée des droits

exclusifs conférés aux auteurs et autres titulaires de droits ne laisseraient pas, s'agissant de telles réutilisations, un « espace » suffisant pour satisfaire aux exigences de cette liberté. Ainsi, au-delà des clarifications quant à la notion de « pastiche », le présent renvoi ne demande à la Cour rien de moins qu'une appréciation quant au point de savoir si la propriété littéraire et artistique de l'Union, d'un point de vue systématique, est compatible avec l'article 13 de la Charte.

## II. Le cadre juridique

### A. Le droit de l'Union

6. Sous l'intitulé « Droit de reproduction », l'article 2 de la directive InfoSoc dispose :

« Les États membres prévoient 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 :

a) pour les auteurs, de leurs œuvres ;

[...]

c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ;

[...] »

7. L'article 5 de cette directive, intitulé « Exceptions et limitations », indique :

« [...]

3. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants :

[...]

k) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche ;

[...]

5. Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. »

### B. Le droit allemand

8. L'article 51a du Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (loi sur le droit d'auteur et les droits voisins, ci-après l'« UrhG »), dans sa version applicable depuis le 7 juin 2021, prévoit que « [s]ont autorisées à des fins de caricature, de parodie ou de

pastiche la reproduction, la distribution et la communication au public d'une œuvre publiée. Le droit visé à la première phrase comprend l'utilisation d'une image ou d'autres reproductions de l'œuvre utilisée, même lorsque cette image ou ces autres reproductions sont protégées par un droit d'auteur ou un droit voisin ».

### **III. Les faits à l'origine du litige, la procédure au principal et les questions préjudicielles**

9. En 1977, le groupe Kraftwerk (composé de CG et RL, aujourd'hui décédé, désignés ensemble les « membres de Kraftwerk ») a publié un phonogramme sur lequel figure le titre musical « Metall auf Metall ». Ultérieurement, SD et UP ont composé le titre musical « Nur mir », qui est paru sur des phonogrammes enregistrés par Pelham en 1997.

10. Les membres de Kraftwerk ont soutenu que SD et UP avaient copié sous une forme électronique (« échantillonné »), sans leur consentement, un extrait d'approximativement deux secondes, qui contient une séquence rythmique, du phonogramme « Metall auf Metall » et qu'ils utilisaient cet extrait, en boucle, dans « Nur mir ». Ce faisant, SD, UP et Pelham (ci-après ensemble « Pelham e.a. ») ont violé le droit de reproduction, conféré au titre du droit voisin du droit d'auteur, dont les membres de Kraftwerk, en tant que producteurs du phonogramme « Metall auf Metall », sont titulaires sur ce phonogramme. À titre subsidiaire, les membres de Kraftwerk ont fait valoir que leur droit voisin d'artistes interprètes ou exécutants et le droit d'auteur de CG sur le titre musical « Metall auf Metall » ont été violés. À titre encore plus subsidiaire, ils ont fait valoir que les défendeurs au principal ont enfreint les règles relatives à la concurrence déloyale interdisant le parasitisme économique.

11. Invoquant ces moyens, les membres de Kraftwerk ont intenté, en 2004, une action contre Pelham e.a. devant le Landgericht Hamburg (tribunal régional de Hambourg, Allemagne) en vue d'obtenir diverses mesures correctives, en ce compris une injonction de cessation de l'atteinte à la propriété intellectuelle [ordonnant à Pelham e.a. de s'abstenir de produire, commercialiser (etc.) des phonogrammes sur lesquels figurent « Nur mir »] et des dommages et intérêts.

12. Au cours des années qui ont suivi, plusieurs décisions ont été rendues par diverses juridictions allemandes, à différents niveaux de juridiction. En particulier, par une décision du 13 décembre 2012, le BGH s'est prononcé en faveur des membres de Kraftwerk. Toutefois, par une décision du 31 mai 2016, rendue sur un recours extraordinaire introduit par Pelham e.a., le Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne) (ci-après le « BVerfG ») a annulé cet arrêt. En substance, le BVerfG a considéré que la liberté des arts, telle qu'elle est garantie par la constitution allemande (8), exigeait que l'« emprunt » et la réutilisation de courts « échantillons » d'un phonogramme, aux fins de la création d'une nouvelle œuvre musicale, soient librement permis. En conséquence, le droit voisin du producteur de ce phonogramme devait s'effacer devant une telle pratique. Un tel résultat pouvait être atteint soit en i) interprétant ce droit voisin de reproduction comme ne

couvrant pas de courts « échantillons sonores », soit en ii) décidant qu'une nouvelle œuvre, créée en utilisant un tel « échantillon », peut être publiée et exploitée sans le consentement du producteur du phonogramme source en vertu de l'article 24, paragraphe 1, de l'UrhG (9). Le BVerfG a renvoyé l'affaire au BGH pour réexamen.

13. Consécutivement, le BGH a saisi la Cour de plusieurs questions, dont celles de savoir si i) le droit de reproduction en faveur des producteurs de phonogrammes, tel que prévu à l'article 2, sous c), de la directive InfoSoc, couvrait l'« emprunt » d'« échantillons » de phonogrammes et si ii) l'article 24, paragraphe 1, de l'UrhG était compatible avec cette directive. Dans son arrêt *Pelham I*, la Cour a répondu (entre autres) que i) le droit de reproduction en cause couvrait les « échantillons sonores » dès qu'ils étaient « reconnaissables à l'écoute » dans un nouveau contenu et que ii) l'article 24, paragraphe 1, de l'UrhG était effectivement incompatible avec cette directive.

14. À la suite de la réponse de la Cour, le BGH a, par une décision du 30 avril 2020, renvoyé l'affaire devant l'Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hamburg, Allemagne) pour réexamen.

15. Le 7 juin 2021, une nouvelle version de l'UrhG est entrée en vigueur. Dans ce contexte, l'article 24, paragraphe 1, a été abrogé et une nouvelle disposition, à savoir l'article 51a, a été introduite. Cette nouvelle disposition permet librement la reproduction de matériel protégé par le droit d'auteur à des fins, entre autres, de « pastiche ».

16. Par une décision du 28 avril 2022, l'Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hamburg) a examiné l'atteinte continue alléguée au droit d'auteur en distinguant trois périodes. Premièrement, en ce qui concerne la période comprise entre la date de sortie de « Nur mir » en 1997 et l'expiration du délai de transposition de la directive InfoSoc (le 22 décembre 2002), il a statué en faveur de *Pelham e.a.*, considérant que l'« échantillonnage » en cause était librement permis en vertu de l'article 24a (ancienne rédaction) de l'UrhG. Deuxièmement, en ce qui concerne la période postérieure à l'expiration du délai de transposition de la directive InfoSoc, mais antérieure à l'entrée en vigueur du nouvel article 51a de l'UrhG (le 7 juin 2021), il a statué en faveur des membres de Kraftwerk, à la lumière de l'arrêt *Pelham I*. Enfin, en ce qui concerne la période postérieure au 7 juin 2021, l'Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur de Hamburg) a statué, une nouvelle fois, en faveur de *Pelham e.a.*, considérant que l'utilisation de l'« échantillon sonore » litigieux pouvait être librement permise en vertu de la nouvelle exception de « pastiche » prévue à l'article 51a de l'UrhG.

17. Par la suite, CG et YN ont introduit un nouveau pourvoi (*Revision*) devant le BGH, portant sur la partie de l'arrêt concernant la période postérieure au 7 juin 2021. Cette juridiction relève que l'article 51a de l'UrhG transpose l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc et doit donc être interprété d'une manière conforme à celui-ci. La même juridiction suggère que, étant donné que la notion de « pastiche » est ouverte et que l'exception concernée poursuit l'objectif d'assurer la liberté des arts, telle que garantie

par l'article 13 de la Charte, cette exception pourrait être considérée comme une disposition à caractère résiduel (« *catch-all clause* ») pour la réutilisation artistique d'une œuvre ou d'un autre objet préexistant, y compris l'« échantillonnage ». Comme telle, elle pourrait opérer comme une limitation générale au droit d'auteur en faveur de la liberté artistique, une telle limitation étant nécessaire parce que les autres principes, exceptions et limitations réduisant la portée du droit d'auteur et des droits voisins ne garantissent pas, à eux seuls, un « espace » suffisant à cet égard. Néanmoins, étant donné qu'il s'agit d'une nouvelle question de droit de l'Union et que l'issue du pourvoi (*Revision*) en dépend, le BGH a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice des questions préjudicielles suivantes :

- « 1) La règle définissant les limites du droit d'auteur relative à l'utilisation à des fins de pastiche au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de [la directive InfoSoc] a-t-elle un caractère résiduel de sorte qu'en relève en tout cas une confrontation artistique avec une œuvre ou un autre objet de référence existants, y compris sous la forme d'« échantillonnage » (sampling) ? La qualification de pastiche dépend-elle de critères restrictifs, tels qu'une exigence d'humour, d'imitation du style ou d'expression d'un hommage ?
- 2) L'utilisation « à des fins » de pastiche au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de [la directive InfoSoc] requiert-elle de constater une intention de l'utilisateur d'utiliser un objet protégé par le droit d'auteur aux fins d'un pastiche ou suffit-il que le caractère de pastiche soit reconnaissable pour les personnes connaissant l'objet protégé par le droit d'auteur auquel il est fait référence et disposant de l'entendement nécessaire pour percevoir le pastiche ? »

18. La présente demande de décision préjudicielle, du 14 septembre 2023, a été déposée le 25 septembre 2023. CG, Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission européenne ont déposé des observations écrites. Les mêmes intéressés ont été représentés lors de l'audience qui s'est tenue le 14 janvier 2025.

#### IV. Analyse

19. Comme indiqué dans l'introduction, le contexte de la présente affaire est la réutilisation d'œuvres (protégées par le droit d'auteur) ou d'autres objets tels que des phonogrammes (protégés par des droits voisins du droit d'auteur) ([10](#))*existent(e)s* aux fins d'une *nouvelle* création (une pratique dont l'« échantillonnage » n'est qu'un exemple). Dans ce contexte, la juridiction de renvoi, par ses deux questions, que j'examinerai conjointement, se demande si l'exception au droit d'auteur et aux droits voisins visant l'utilisation d'œuvres ou autres objets à des fins de « pastiche », prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc, constitue une « clause fourre-tout » dédiée à de telles pratiques de réutilisation artistique de matériel protégé.

20. Derrière ces questions d'interprétation d'une notion encore inexplorée du droit de l'Union (celle de « pastiche ») se cache une question plus fondamentale, à savoir celle du « mariage » du système introduit par la directive InfoSoc avec la liberté des arts garantie

par l'article 13 de la Charte. Comme cela a été indiqué précédemment, le BGH envisage la possibilité fâcheuse que, si l'exception de « pastiche » devait être interprétée comme ne couvrant pas de telles pratiques artistiques, ce système serait en contradiction avec cette liberté étant donné que les autres limitations et exceptions qui restreignent le droit d'auteur et les droits voisins peuvent ne pas laisser une latitude suffisante à cet égard.

21. Afin d'être le plus illustratif possible, je commencerai par analyser en quoi le droit d'auteur et les droits voisins prévus par la directive InfoSoc, tels qu'interprétés par la Cour, imposent des limitations à la réutilisation artistique de matériel protégé et, par conséquent, à la liberté des arts prévue par l'article 13 de la Charte (A). J'expliquerai, ensuite, que l'exception au droit d'auteur et aux droits voisins relative au « pastiche » ne saurait être interprétée comme étant une « clause fourre-tout » dédiée à de telles pratiques, et que les autres exceptions et limitations existantes n'offrent qu'une aide limitée à cet égard (B). Cela m'amènera à aborder, enfin, la délicate question de la compatibilité du système introduit par la directive InfoSoc, en l'état, avec l'article 13 de la Charte (C) (11).

## A. En quoi le droit d'auteur et les droits voisins servent les arts, mais leur imposent aussi des limitations

22. Je commencerai par aborder la nature et la portée des limitations que la propriété littéraire et artistique (de l'Union) impose à la liberté des arts consacrée à l'article 13 de la Charte (1), avant de mettre ces limitations en perspective (2).

### 1. « Les arts [...] sont libres » ; toutefois, « tu ne voleras pas »

23. L'article 13 de la Charte garantit la « liberté des arts » dans le cadre du champ d'application du droit de l'Union (12). Cette liberté est considérée comme un aspect (digne de son propre statut distinct) de la liberté d'expression garantie par l'article 11 du même instrument (13). En tant que telle, elle comprend les droits de toute personne de « communiquer des informations ou des idées » sous la forme d'art (14) (à savoir le droit d'imaginer, de créer et de partager des œuvres d'art) (15) et de les « recevoir » (à savoir d'y avoir accès), dans chaque cas « sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques ». L'article 13 de la Charte prévoit ainsi que « [l]es arts [...] sont libres ».

24. Le droit d'auteur, tel qu'harmonisé par la directive InfoSoc et diverses conventions internationales (16), favorise indéniablement la liberté des arts. Il constitue une « mesure positive de protection », adoptée par les autorités publiques pour garantir la jouissance effective de cette liberté (17). En effet, au titre du droit d'auteur, les créateurs (relevant de la catégorie des « auteurs ») se voient conférer un ensemble de droits économiques exclusifs (18) (en substance, un monopole) sur l'exploitation de leurs créations intellectuelles (désignées « œuvres » dans ce contexte), à condition que celles-ci soient « originales » (19). En particulier, ils bénéficient, en vertu de l'article 2, sous a), de cette directive (20), d'un droit exclusif de reproduction couvrant, en principe, toute reproduction « en tout » ou « en partie » de leurs « œuvres ». Ce monopole encourage les créateurs

d'hier, en leur offrant une possibilité de contrôler et de récolter les fruits de leurs créations (21).

25. En même temps, le droit d'auteur limite aussi, par sa nature même, la possibilité pour les créateurs de *demain* de faire des emprunts tirés d'œuvres existantes aux fins de créer quelque chose de nouveau. En d'autres termes, il « restreint », dans cette mesure, leur propre droit de « communiquer » de l'art au public au titre de l'article 13 de la Charte (22).

26. Pour être clair, cela ne signifie pas que ces créateurs ne peuvent pas « emprunter » quoi que ce soit à des œuvres existantes. Je rappelle, premièrement, que le droit d'auteur ne protège que la *forme* concrète d'une œuvre donnée, et non les *idées* abstraites qui y sont exprimées, conformément à ce que l'on appelle la « dichotomie idée/expression » (23). Deuxièmement, de nombreux éléments formateurs d'œuvres existantes ne sont pas non plus protégés lorsqu'ils sont pris isolément (24). En musique, cela inclut, non seulement les notes individuelles, mais également, plus largement, les rythmiques, gammes, accords et progressions, harmonies et autres phrases musicales commun(e)s (25). En conséquence, les créateurs de demain sont, en principe, libres de parcourir les œuvres d'hier, d'emprunter de telles idées et de tels éléments et de les recombinaisonner en de nouvelles créations. Il s'agit, selon moi, d'une exigence impérative de la liberté des arts. Une solution contraire porterait atteinte au « contenu essentiel » de cette liberté (car elle la réduirait à néant en pratique). Toute création culturelle construit à partir de ce qui l'a précédée. Dans la plupart des cas, elle consiste à transformer de manière « originale » du matériel antérieur. Les œuvres de demain peuvent même, en raison de ces emprunts, apparaître (très) similaires à celles d'hier sans porter atteinte au droit d'auteur. En fait, en musique, les nouvelles créations sont généralement classées dans un « genre » donné parce qu'elles contiennent des caractéristiques (un « *beat* » particulier, certains motifs musicaux, un « *groove* », un « *mood* », etc.) que présentent couramment d'autres œuvres, antérieures.

27. Néanmoins, selon la jurisprudence de la Cour (26), dès qu'un créateur « emprunte » à une œuvre existante des éléments qui sont « originaux » (par exemple, la mélodie d'une chanson ou un extrait suffisamment distinctif de cette mélodie) (27), et les utilise, de manière perceptible (28), dans une nouvelle création, cela constitue une « reproduction » (en tout ou en partie, selon le cas) de cette œuvre au sens de l'article 2, sous a), de la directive InfoSoc, qui, en principe (29), est interdite à moins que l'auteur ne l'autorise. Le fait que, le cas échéant, cet « emprunt » soit modeste et que cette création contienne également le propre apport du créateur et, en conséquence, produise une impression d'ensemble différente de celle de l'œuvre source est dénué de pertinence à cet égard.

28. Des considérations similaires (mais pas identiques) valent pour les droits voisins de reproduction prévus à l'article 2, sous c) à e), de la directive InfoSoc (30). Je rappelle que

ces droits sont conférés aux producteurs de phonogrammes [sous c)] (31), aux producteurs des premières fixations de films [sous d)] et aux organismes de radiodiffusion [sous e)], et couvrent toute reproduction « en tout ou en partie », respectivement de leurs phonogrammes, de « l'original et de copies de leurs films » et des « fixations de leurs émissions », indépendamment du droit d'auteur sur les œuvres que ces objets peuvent incorporer (32). Ils visent à offrir aux producteurs de musique, de films et d'émissions la possibilité d'un « rendement satisfaisant » de l'investissement « considérable » nécessaire à la production de tels objets. Ces droits sont censés garantir que ces parties prenantes, à leur tour, continuent à financer les auteurs et leur travail créatif et contribuent ainsi (indirectement) à la liberté des arts (33).

29. En même temps, ces droits limitent la capacité des créateurs de demain à réutiliser des phonogrammes (par exemple, par « échantillonnage sonore ») ou des fixations de films et d'émissions existant(e)s aux fins de créer quelque chose de nouveau. Ici également, ils « restreignent », dans cette mesure, leur propre droit de « communiquer » de l'art au public au titre de l'article 13 de la Charte (34).

30. En effet, en règle générale (35), suivant l'interprétation donnée par la Cour dans l'arrêt Pelham I en ce qui concerne les phonogrammes, mais qui est clairement transposable aux fixations de films et d'émissions (36), prélever même un « très court » extrait d'un tel objet (tel que l'« échantillon » de deux secondes en cause dans la présente affaire, ou une seule image d'un film) et le réutiliser d'une manière telle qu'il reste « reconnaissable à l'écoute » (37) (ou aux yeux), dans une nouvelle création relève des droits exclusifs de reproduction prévus à l'article 2, sous c) à e), de la directive InfoSoc et est donc interdit, à moins que les titulaires de droit ne l'autorisent. Ici encore, le fait que cette création puisse également contenir le propre apport du créateur et, en conséquence, produire une impression d'ensemble différente du matériel source réutilisé est dénué de pertinence (38).

## 2. **« Un bon compositeur n'imité pas, il vole » (39) – les YouTubers aussi**

31. Comme nous l'avons expliqué dans la section précédente, les règles relatives à la propriété artistique et littéraire, telles qu'elles existent actuellement, opèrent, à l'égard des créateurs de demain, une distinction stricte entre, d'une part, « l'inspiration [et] la reformulation » (40), qui sont librement permises, et, d'autre part, la copie de matériel protégé qui, en principe, n'est pas permise.

32. Outre le fait que la ligne de démarcation qui sépare l'« inspiration » de la « reproduction » n'est pas toujours claire en pratique (41), et tandis que le plagiat présenté comme « original » et les imitations dépourvues d'inspiration ont toujours existé, le problème de cette division est que la pratique de la « copie créative » a été, tout au long de l'histoire, et est toujours omniprésente dans les arts, en particulier dans la musique (42). Des compositeurs classiques tels que Bach, Mozart, Haydn et Liszt réutilisaient régulièrement (et de manière « reconnaissable ») des mélodies et des airs

populaires, en y ajoutant leurs propres idées et en les transformant en de nouvelles créations, telles que des variations (43). Une telle pratique était également très répandue dans la musique moderne, telle que composée par des artistes tels que Bartok, Steiner ou Ives (44). La musique populaire n'en a jamais manqué non plus. Depuis « All you need is love » des Beatles, s'ouvrant sur les premières mesures de l'hymne national français « La Marseillaise », composé par Rouget de Lisle, à *Aux armes et cætera* de Serge Gainsbourg, « transformant » de manière ludique ce même hymne en un reggae, les exemples sont innombrables. Le genre musical du jazz s'est, tout entier, construit sur la transformation par des musiciens des thèmes de chansons populaires de leur époque en standards qu'ils réinterprètent différemment chaque soir et sur lesquels ils improvisent, en « citant » couramment d'autres mélodies. Dans ce contexte, l'utilisation de l'« échantillonnage », au-delà du fait qu'il implique de copier directement des *enregistrements*, au lieu de simplement prélever des extraits d'autres *œuvres*, n'est qu'une itération de ce phénomène plus large (45). Une telle réutilisation reconnaissable de matériel existant est un marqueur de l'intertextualité dans les arts (46). Étant donné que cette réalité est de plus en plus acceptée à l'heure actuelle, les artistes s'enorgueillissent, plus qu'auparavant, de telles copies (47).

33. En outre, depuis la fin du 20<sup>e</sup> siècle, les technologies de l'information ont fourni des moyens nouveaux et accessibles, tant pour la copie que pour la création. L'essor du Web 2.0 et du Web 3.0 et, en particulier, des réseaux sociaux, des blogs, des plateformes de partage telles que YouTube (etc.), a brouillé la distinction traditionnelle entre producteur et consommateur de contenu culturel dans la mesure où les internautes jouent un rôle plus actif, en interagissant avec des contenus audiovisuels, tels que des phonogrammes, films et émissions de tiers (et les œuvres qu'ils incorporent) et en créant leur propre contenu avec ceux-ci, tel que des « remixes » (48) et des « mashups » (49). L'Internet a également fourni à ces utilisateurs des moyens, jusqu'alors inimaginables, de diffusion de leurs créations. Dans ce contexte, le matériel de tiers devient également, de plus en plus, un moyen de communication en dehors du domaine artistique. Des générations d'internautes s'expriment à travers des « mèmes » (50) et des « GIF » (51) souvent constitués de quelques images de films ou d'émissions.

34. De nombreux exemples, parmi ceux cités ci-dessus, viennent d'une époque où le droit d'auteur et les droits voisins n'existaient pas ou n'avaient pas la portée qu'ils ont aujourd'hui (52). D'autres, comme l'« échantillonnage » dans le hip-hop aux États-Unis dans les années 1980, se sont développés parce que la nouveauté de la pratique a créé une sorte de « vide juridique » (avant que les tribunaux américains ne décident, au lendemain des années 1990, que le droit d'auteur devait être appliqué de manière stricte) (53). D'autres, comme les « mèmes » et les « GIF » en ligne, ont prospéré en vertu d'une sorte d'acceptation de facto. Cependant, de nos jours, comme cela ressort clairement de la section précédente, tous ces exemples tombent, en principe, dans le champ d'application d'un droit exclusif prévu à l'article 2 de la directive InfoSoc, conféré à certains titulaires de droits aussi petite la quantité de matériel protégé réutilisé soit-elle

(comme je l'ai dit, même quelques secondes d'un phonogramme, ou quelques images d'un film). Ils sont considérés comme de simples « dérivés » de leur matériel source et, en tant que tels, dépendent entièrement de la volonté des titulaires de droits de les autoriser (ou non), selon le cas, moyennant la redevance que ces titulaires de droits jugent appropriée (54).

35. En outre, étant donné que la technologie facilite les copies et la diffusion de matériel protégé, elle permet également à ces titulaires de droits de découvrir de telles copies et de mettre en œuvre leur droit de manière efficace. Des outils de filtrage sont couramment utilisés en ligne pour détecter automatiquement la présence d'extraits de phonogrammes, films ou émissions dans les contenus téléversés par les utilisateurs. En fait, l'article 17 de la directive CDSM oblige les principales plateformes de partage en ligne à mettre en place un tel logiciel (55). La crainte est, ainsi, que ces droits exclusifs étendus et leur mise en œuvre aient un « effet paralysant » sur certaines formes de créativité, en ligne et au-delà (56).

## **B. L'aide (limitée) apportée par les exceptions et limitations existantes au droit d'auteur et aux droits voisins**

36. Néanmoins, la directive InfoSoc laisse un certain « espace de liberté » aux expressions « dérivées ». En effet, l'article 5, paragraphes 1 à 4, comporte une énumération d'« exceptions et limitations » *facultatives* (57) qui restreignent (entre autres) les droits de reproduction prévus à l'article 2 de cette directive (droit d'auteur comme droits voisins). Ces exceptions et limitations ont été conçues par le législateur de l'Union pour sauvegarder, dans le cadre du régime de la propriété littéraire et artistique, un « équilibre » que ce législateur a considéré comme « juste », entre, d'une part, les droits et intérêts des titulaires de droits et, d'autre part, ceux des utilisateurs de matériel protégé ainsi que l'intérêt général (58). Elles envisagent quelques scénarios bien définis dans lesquels ledit législateur a considéré que le matériel protégé devait être d'utilisation libre, parce que certaines considérations l'emportaient, selon lui, sur les intérêts des titulaires de droits.

37. Je souligne que cette énumération d'exceptions et limitations se veut exhaustive (59). La Cour en a déduit que les États membres ne peuvent prévoir, dans leur droit national, des possibilités additionnelles d'utiliser librement du matériel protégé. Cela a eu pour conséquence, entre autres, de faire obstacle à la clause de « libre utilisation » initialement prévue à l'article 24, paragraphe 1, de l'UrhG, qui permettait la réutilisation créative d'un matériel protégé lorsqu'elle aboutissait à une œuvre qui produirait une impression d'ensemble différente de celle de la source (60). En outre, selon la jurisprudence de la Cour [voir arrêts *Funke Medien NRW* (61) et *Spiegel Online* (62)], les juges ne peuvent pas non plus accepter d'autres dérogations à ces droits fondées sur la liberté d'expression ou la liberté des arts, telles que garanties, respectivement, par l'article 11 et l'article 13 de la Charte. La Cour considère, en substance, que de telles exceptions additionnelles porteraient atteinte à l'harmonisation opérée par la directive InfoSoc et, partant, à l'équilibre interne établi par le législateur lors de la conception de

celle-ci.

38. Peu d'exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins existantes sont pertinentes aux fins de la réutilisation créative de matériel protégé, à savoir celle concernant les « citations », prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive InfoSoc, et celles concernant la « caricature », la « parodie » et le « pastiche », prévues à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de cette directive. Je me concentrerai, dans les points qui suivent, sur le cœur des questions posées, à savoir l'exception de « pastiche » et la raison pour laquelle elle offre, en réalité, une latitude limitée aux fins d'une telle réutilisation (1). En outre, comme elles seront utiles dans le cadre de la section C des présentes conclusions, je ferai quelques observations au sujet de la marge (également limitée) offerte par les exceptions de « citation » (2) et de « parodie » (3).

### 1. **La portée de l'exception de « pastiche »**

39. Comme indiqué ci-dessus, l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc prévoit des exceptions aux droits de reproduction prévus à l'article 2 de cette directive (droit d'auteur et droits voisins) lorsqu'il s'agit d'une utilisation d'œuvres ou autres objets protégés à des fins de « caricature, de parodie ou de pastiche ». Mis à part la finalité de l'utilisation, cette disposition n'indique aucune condition pour l'application de ces exceptions. Par conséquent, leur portée dépend de la signification des trois notions énumérées dans cette disposition. Malheureusement, cette directive n'offre aucune définition à cet égard. La Cour a comblé cette lacune, en ce qui concerne la notion de « parodie », dans l'affaire Deckmyn (63). Elle a jugé que « la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie ». En revanche, comme cela a été indiqué précédemment, la Cour ne s'est jamais penchée sur la notion de « pastiche ».

40. En fait, pendant les vingt premières années environ qui ont suivi l'adoption de la directive InfoSoc, cette notion a été généralement négligée tant par les juridictions que par les commentateurs juridiques. En tant que disposition *facultative*, l'article 5, paragraphe 3, sous k), n'a trouvé d'équivalent que dans le droit national de certains États membres et, même là, le terme « pastiche » a été supposé être un simple synonyme négligeable de « parodie » (ou complètement omis lors de la procédure de transposition) (64). En particulier, il n'existait rien s'apparentant à une exception de « pastiche » en droit allemand (65).

41. Toutefois, l'adoption de l'article 17 de la directive CDSM a donné un nouveau souffle à cette notion et suscité un regain d'intérêt en ce qui la concerne. En effet, le paragraphe 7, sous b), de cette disposition *oblige*, à présent, les États membres à transposer dans leur droit national diverses exceptions, dont celle de « pastiche » (à tout le moins en ce qui concerne les utilisations de matériel protégé par les utilisateurs de services de partage de contenu en ligne couverts par l'article 17) (66).

42. Les États membres ont modifié leur législation nationale sur le droit d'auteur en conséquence. En particulier, en 2021, le législateur allemand a adopté une réforme de l'UrhG (67). Il a inséré dans l'UrhG, entre autres, un nouvel article 51a, correspondant à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc (68). Dans ce contexte, le législateur allemand a adopté une *conception large* du terme « pastiche ». Tandis que l'UrhG ne fournit aucune définition à cet égard, l'exposé des motifs qui a accompagné la réforme indique que ce terme couvre potentiellement un large éventail de réutilisations créatives de matériel protégé, y compris dans les CGU, et fait expressément référence, entre autres, aux remixes, aux mèmes, aux GIF, aux mashups et à l'« échantillonnage » à titre d'exemples (69). Cette conception large a été reprise à son compte, dans l'affaire au principal, par l'Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur, Hambourg). Cette juridiction a considéré que Pelham e.a. avait réutilisé l'« échantillon » litigieux de « Metall auf Metall » « à des fins de [...] pastiche » au sens de l'article 51a de l'UrhG (70).

43. Néanmoins, il est incontestable que, étant donné que l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc ne comporte pas de renvoi au droit des États membres à cet égard, la notion de « pastiche » doit être considérée comme une notion autonome du droit de l'Union, appelant une définition uniforme, propre à assurer une application (elle aussi) uniforme de l'exception correspondante dans toute l'Union (71). En conséquence, les États membres ne sont pas libres d'adopter leur propre vision du « pastiche » dans leur législation nationale sur le droit d'auteur. Ils doivent respecter cette définition autonome. Le cœur des questions posées est donc de savoir si la « conception allemande » du « pastiche » la respecte.

44. Selon la jurisprudence constante de la Cour (72), la définition autonome de la notion de « pastiche » au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc doit être établie conformément au sens habituel de ce terme dans le langage courant, tout en tenant compte du contexte dans lequel il est utilisé et des objectifs poursuivis par la réglementation dont il fait partie. Tandis que tous les intéressés ayant soumis des observations devant la Cour s'accordent sur cette méthode, ils arrivent à des résultats radicalement différents.

45. D'une part, CG, rejetant la conception adoptée par le législateur allemand dans le cadre de l'article 51a de l'UrhG, fait valoir que cette notion couvre des œuvres qui imitent délibérément et ouvertement, de manière humoristique ou satirique, le style d'une autre œuvre ou d'un auteur (ou de plusieurs œuvres ou auteurs appartenant au même « genre » ou à la même « école »). En tant que telle, l'exception de « pastiche » ne permettrait pas la réutilisation directe de matériel protégé, y compris des phonogrammes, dans le but de créer une nouvelle œuvre d'art en l'absence d'une telle intention imitative (73).

46. D'autre part, Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission, conformément à la position adoptée par le législateur allemand à l'article 51a de l'UrhG, et s'inspirant de la définition de la « parodie » donnée dans l'arrêt Deckmyn, soutiennent que la notion de « pastiche » couvre tout objet qui i) « évoqu[e] une œuvre existante » ou un

objet existant (au sens de la reproduction, de manière perceptible, d'un matériel protégé tout en ii) « présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci » (au sens de la transmission d'une impression différente à l'observateur ou l'auditeur). Toutefois, à la différence d'une « parodie », un « pastiche » n'aurait pas à « constituer une manifestation d'humour ou une raillerie ». En outre, iii) une « confrontation artistique » avec le matériel source serait nécessaire. Toutefois, cette « confrontation » pourrait prendre n'importe quelle forme : le matériel source pourrait avoir été substantiellement modifié ou transformé dans un style différent (74), ou placé dans un nouveau contexte, ou encore doté d'une nouvelle signification ou d'un nouveau message par le « pasticheur ». Aucune autre interaction avec le matériel source n'est requise. En particulier, l'objet créé n'a pas à être critique du matériel source, à « dialoguer » (75) avec lui, à en imiter le style ou même à être l'expression d'un hommage à son égard (76).

47. Par conséquent, pour ces intéressés, l'exception de « pastiche » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc opère, comme l'envisage le BGH dans sa première question, comme une « clause fourre-tout » couvrant potentiellement toute expression créative (ou même simplement communicative) fondée sur la réutilisation de matériel protégé, y compris, effectivement, le remix, les mèmes, les GIF, le mashup, l'échantillonnage (etc.), couverte par l'article 11 ou l'article 13 de la Charte (77). Néanmoins, la large portée de cette exception serait compensée, au cas par cas, par l'obligation pour les juges, confrontés à une telle défense contre une action pour atteinte à la propriété intellectuelle, de vérifier, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes (ampleur du matériel copié, ampleur de l'apport créatif, nature commerciale ou non commerciale de l'utilisation, risque de substitution, etc.), que permettre librement l'utilisation en cause respecterait un « juste équilibre » entre les droits et intérêts des parties, conformément au test en trois étapes prévu à l'article 5, paragraphe 5, de la directive InfoSoc. En vertu de cette disposition, l'exception de « pastiche » ne pourrait s'appliquer que i) dans « certains cas spéciaux » qui ii) « ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé » réutilisé ni iii) « ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ».

48. Bien que j'aie de la sympathie pour l'interprétation suggérée par Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission (car il s'agit d'une tentative bien intentionnée de fournir une solution pragmatique au problème de la réutilisation créative de matériel protégé décrit dans la section A des présentes conclusions) (78), et bien qu'une certaine ambiguïté entoure le sens habituel du terme « pastiche » dans le langage courant (a), le contexte dans lequel ce terme est utilisé (b) et l'objectif de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc (c) m'amènent, je le crains, à conclure (dans la plupart des aspects, mais pas tous) en faveur de la position avancée par CG (d).

a) ***Le sens habituel du terme « pastiche »***

49. Tous les intéressés ayant soumis des observations devant la Cour s'accordent à dire qu'un exposé exhaustif du « sens habituel » du terme « pastiche » n'est pas un

exercice aisé. Non seulement, ce terme est plutôt « de niche » et donc peu présent dans le « langage courant », mais il a été et est utilisé de manières variées (et pas toujours cohérentes) à travers les âges, les langues et les domaines artistiques.

50. Cela étant dit, il ressort des dictionnaires (en différentes langues) et des études publiées par des experts dans le domaine de l'art que j'ai consultés sur la question (et de ceux que les services de traduction de la Cour ont consultés dans leurs langues respectives) que le terme « pastiche » est *principalement* utilisé pour désigner une œuvre artistique dont le style imite celui d'une autre œuvre, d'un autre artiste ou d'une autre époque (ou d'œuvres appartenant au même « genre », etc.) (79), en empruntant et mélangeant à cet effet divers motifs, tropes et autres éléments caractéristiques (en accord avec l'origine étymologique du terme, à savoir le « pasticcio » italien, qui désigne un plat composé d'un mélange d'ingrédients) (80).

51. Cette catégorie générale cache une diversité de conceptions. Parfois, le terme « pastiche » est utilisé pour décrire une imitation *dissimulée*, généralement réalisée dans une intention de tromperie (ce qui en fait un synonyme de plagiat). Historiquement, cette conception fait écho, par exemple, au « pasticcio » en peinture, un genre tenu en faible estime qui a fleuri en Italie au lendemain de la Renaissance, où les peintres produisaient des tableaux imitant étroitement ceux de grands maîtres, en combinant habilement des techniques et des motifs empruntés à plusieurs de leurs chefs-d'œuvre, tableaux qui seraient ensuite frauduleusement vendus comme étant des originaux (81).

52. D'autres fois, le terme « pastiche » a été utilisé pour décrire plutôt une imitation stylistique *ouverte*. Dans cette catégorie, en littérature, le terme désigne, au sens étroit, et exclusivement, une imitation *humoristique ou satirique* du style, des manières ou des thèmes favoris d'un auteur (ou d'une école), par référence au « pastiche littéraire », un genre qui a fleuri en France au 18<sup>e</sup> siècle, présentant ces caractéristiques (82). Il n'est pas surprenant que le terme « pastiche » soit interprété de cette manière dans la législation française en matière de droit d'auteur [qui contient, depuis les années 50, une exception presque identique à celle de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc]. En raison de cet aspect humoristique ou satirique, le terme y est considéré comme un simple sous-genre de la « parodie » (83). CG invoque cette conception devant la Cour.

53. Toutefois, dans d'autres domaines des arts, le terme « pastiche » est utilisé pour décrire, plus largement, *toute* œuvre d'art caractérisée par une imitation stylistique ouverte (84). Si je peux me permettre de « réutiliser de manière créative » moi-même les termes utilisés par la Cour dans l'arrêt Deckmyn, les caractéristiques essentielles du « pastiche », compris comme tel, sont i) d'« évoquer une œuvre existante » (ou plusieurs œuvres existantes, ou un genre, ou un artiste, ou une école), en adoptant son (ou leur) « langage esthétique » distinctif, autrement étranger au « pasticheur », tout en ii) « présentant des différences perceptibles » par rapport à la source imitée. En effet, comme indiqué ci-dessus, un tel « pastiche » n'est pas destiné à être un faux réalisé de

mauvaise foi se substituant à la source, mais est, en fait, iii) destiné à être reconnu comme étant une imitation (85). En revanche, l'objectif précis du « pastiche » est dénué de pertinence : il *peut* être, à l'instar d'une « parodie », une « manifestation d'humour ou une raillerie », ou critique d'une autre manière à l'égard du matériel source. Il peut, au contraire, s'agir de l'expression d'un hommage ou d'une reconnaissance de ce matériel. Néanmoins, un « pastiche » n'est pas nécessairement « évaluatif » ou autrement commentatif de ce matériel. Il peut aussi être conçu, par exemple, pour évoquer un contexte culturel particulier. Il peut également être une fin en soi (le « pasticheur » montrant son savoir-faire en racontant une nouvelle histoire par le biais de l'imitation), et ainsi de suite (86). Cette forme d'imitation ouverte et référentielle est caractéristique du post-modernisme (87).

54. Dans les études cinématographiques, les œuvres de Quentin Tarantino sont souvent qualifiées de « pastiche », car elles reproduisent habilement et ouvertement des éléments tels que des tropes, des techniques de tournage, la mise en scène, la structure, des intrigues, des personnages et des thèmes (et ainsi de suite) qui sont caractéristiques de films antérieurs appartenant à un genre donné (88). Il en va de même, en musique, d'artistes actuels tels que Bruno Mars (89) en raison de leur tendance à imiter des œuvres antérieures appartenant à un genre donné, en composant des morceaux qui présentent des styles de production, des tropes, des techniques vocales, des motifs communs, des arrangements et des accroches (« *hooks* ») typiques de ces œuvres antérieures. Le terme « pastiche » est également utilisé pour désigner des œuvres, telles que le film *Blade Runner*, sorti en 1982, de Ridley Scott ou la chanson à succès *Bohemian Rhapsody* de Queen, qui imitent et mélangent habilement des styles distincts (90). En toute hypothèse, l'imitation stylistique est au cœur de cette conception du « pastiche ».

55. Certes, comme le soulignent Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission, certains dictionnaires et experts indiquent que le terme « pastiche » a également été utilisé, et l'est encore dans une certaine mesure, de manière alternative, pour désigner des œuvres d'art réalisées à partir de la recombinaison d'éléments tirés d'autres œuvres, *sans aucune intention d'imitation stylistique* (91). L'« opéra *pasticcio* », un genre d'œuvres quasi-opératiques consistant en un « patchwork » d'airs et de pièces musicales célèbres, populaire au XVIII<sup>e</sup> siècle, est le principal exemple donné à cet égard. Cette conception fait du « pastiche » un synonyme de divers termes évoquant des pratiques similaires de « patchwork », tels que le « cento » littéraire, le « collage » des arts visuels, les « medleys » musicaux ou les films « found-footage » (92).

56. Néanmoins, outre le fait que d'autres experts distinguent, par exemple en musique, le « pastiche » du « pasticcio » (93), il me semble que déduire de l'explication donnée au point qui précède, comme le font ces intéressés, que le terme « pastiche » est ouvert et peut couvrir tout cas de réutilisation créative de matériel existant (allant des « mêmes » aux « mashups » et à l'« échantillonnage ») exagère l'importance de cette conception alternative dans le « langage courant » (94) et, par conséquent, le rôle qu'elle a pu jouer

dans l'élaboration de la directive InfoSoc (95).

57. Cela étant dit, je conviens que, en raison de cette ambiguïté (96), l'interprétation contextuelle et téléologique est cruciale pour parvenir à une définition uniforme de la notion juridique de « pastiche » contenue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc. Toutefois, comme je l'expliquerai dans les sections qui suivent, ces interprétations confirment mon impression quant au « sens habituel » du terme « pastiche » qui doit être retenu à cet égard.

b) **Le contexte dans lequel ce terme est utilisé**

58. Je rappelle que le terme « pastiche » est utilisé dans le cadre d'une exception au droit d'auteur et aux droits voisins, prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc, qui fait également référence à la « caricature » et à la « parodie ».

59. D'une part, une série d'éléments découlant de ce contexte particulier vont, selon moi, dans le sens d'une définition de la notion litigieuse comme une imitation stylistique.

60. Premièrement, le groupement de la « caricature », de la « parodie » et du « pastiche » dans une même disposition implique nécessairement que, dans l'esprit du législateur de l'Union, ces éléments présentent certaines caractéristiques communes. À la lumière des explications données aux points 50 à 54 des présentes conclusions, il semble raisonnable de supposer que le législateur a considéré le « pastiche » comme étant, à l'instar de la « parodie » (et vraisemblablement de la « caricature »), une forme d'expression dérivée fondée sur l'*imitation* d'une source.

61. Deuxièmement, compte tenu de ce contexte, il est clair, selon moi, que la notion juridique de « pastiche » ne saurait englober le type d'imitation *dissimulée* décrit au point 51 des présentes conclusions. Il serait contraire à la nature même du régime de l'Union en matière de propriété artistique et littéraire d'accorder une exception au plagiat. Cette notion ne peut couvrir que le type d'imitation stylistique *ouverte* examiné aux points 52 à 54 des présentes conclusions.

62. Troisièmement, contrairement à ce que CG soutient, cette notion ne saurait être limitée à la conception littéraire française du « pastiche » mentionnée au point 52, à savoir celle d'une imitation humoristique ou satirique, qui en fait un synonyme de « parodie ». Le fait que la « parodie » et le « pastiche » aient certains traits communs et figurent, pour cette raison, tous les deux à l'article 5, paragraphe 3, sous k), ne signifie pas qu'ils devraient être entièrement assimilés sur le plan juridique. Lorsque le législateur choisit d'inclure des termes distincts, sur un pied d'égalité, dans le texte de droit, la Cour doit se garder d'interpréter l'un d'entre eux comme juridiquement redondant (encore plus lorsqu'il s'agit d'interpréter une liste fermée et exhaustive d'exceptions et limitations) (97).

63. Il résulte de ces considérations que, selon moi, la notion de « pastiche » au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc couvre le large éventail d'œuvres

d'art caractérisées par une imitation stylistique ouverte, présentant les caractéristiques essentielles définies au point 53 des présentes conclusions (98). Un dernier élément contextuel doit être ajouté à ce stade. Rien dans le libellé de cette disposition n'exige que le « pastiche » créé par l'utilisateur soit une œuvre originale au sens du droit d'auteur. Ainsi, tandis qu'un pastiche doit, comme cela a été indiqué ci-dessus, présenter « des différences perceptibles » par rapport à la source, il n'est pas nécessaire qu'il atteigne le seuil de l'« originalité » (99).

64. Le principal contre-argument, d'une nature contextuelle, avancé par Pelham e.a, le gouvernement allemand et la Commission contre une telle interprétation de la notion de « pastiche » comme étant une imitation stylistique est qu'elle priverait, selon eux, l'exception correspondante de tout effet utile, contrairement à l'exigence d'interprétation des exceptions posée par la Cour (100). En effet, une telle imitation ne relèverait, d'entrée de jeu, pas des droits de reproduction prévus à l'article 2 de la directive InfoSoc. Le « style » n'est pas, en tant que tel, protégé par le droit d'auteur. Il relève du domaine des idées, plutôt que des expressions (101). De manière similaire, des éléments tels que les motifs, structures ou techniques communes (etc.) caractéristiques d'une école ou d'un genre artistique, s'ils peuvent être des éléments formateurs d'une œuvre, ne sont pas protégés non plus (102).

65. Cette objection ne me convainc pas. Il est évident que, en tant que dérogation aux droits de reproduction prévus à l'article 2 de la directive InfoSoc (droits d'auteur comme droits voisins), l'exception de « pastiche » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de cette directive est conçue pour les situations dans lesquelles (au moins) l'un de ces droits est en jeu. Comme telle, elle doit être interprétée d'une manière qui permette, dans une certaine mesure, l'« utilisation » de matériel protégé, tel que des parties « originales » d'œuvres ou des « échantillons » de phonogrammes, faute de quoi elle deviendrait inutile.

66. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'œuvres d'art imitatives, la frontière entre l'emprunt d'éléments non protégés et la reproduction de matériel protégé est ténue. Une série de procès récents a vu des auteurs affirmer que leur style « unique » pouvait être qualifié d'expression « originale » (103). Une autre série, particulièrement commentée, de procès a vu des titulaires de droits alléguer l'existence d'une atteinte au droit d'auteur en ce qui concerne la réutilisation de caractéristiques stylistiques présentes dans leurs œuvres (104). Cela est encore plus vrai lorsque l'œuvre d'art imite étroitement le style d'une seule œuvre. Les éléments empruntés, tandis qu'ils sont « stylistiques », pourraient continuer à être considérés comme originaux, en particulier lorsqu'ils sont combinés (105).

67. En fait, selon la définition que je propose, l'exception de « pastiche » offrirait aux créateurs une certaine latitude pour réutiliser des éléments protégés d'œuvres ou objets (d'une manière « reconnaissable ») dans leur création, tant que ces éléments servent à imiter ouvertement quelque chose d'autre (106). Par exemple, l'utilisateur peut parfaitement réutiliser des « échantillons » prélevés de phonogrammes (107) pour créer un « pastiche » relevant du genre auquel appartiennent les œuvres sous-jacentes (108).

Simplement, une telle reproduction de matériel protégé ne constitue pas, en soi, le « pastiche ». C'est l'œuvre d'art imitative qui en résulte qui peut être considérée comme tel. Dans l'ensemble, l'effet utile de l'exception de « pastiche » est sauvegardé par une telle interprétation.

68. Par ailleurs, d'autres éléments contextuels s'opposent clairement, selon moi, à ce que la notion de « pastiche » au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc soit définie comme visant toute œuvre d'art réalisée à partir de matériel protégé, sans aucune intention d'imitation stylistique, comme le suggèrent Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission.

69. Premièrement, comme le fait valoir CG, rien dans le libellé ou la structure de cette disposition n'indique que l'exception de « pastiche » ait été conçue comme une « clause fourre-tout » couvrant la réutilisation créative (ou même communicative) de matériel protégé. En y énumérant, sur un pied d'égalité, trois notions distinctes (à savoir la « caricature », la « parodie » et le « pastiche »), le législateur a entendu permettre trois catégories, clairement définies, d'usages (109). Transformer le « pastiche » en une telle « clause » rendrait également les deux autres notions redondantes étant donné que la « caricature » et la « parodie » seraient considérées comme de simples cas de réutilisation créative, regroupées sous la première (110).

70. Deuxièmement, tandis qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour, citée au point 64 des présentes conclusions, que les exceptions et limitations énumérées à l'article 5, paragraphes 1 à 4, de la directive InfoSoc ne doivent pas nécessairement être interprétées de manière stricte et qu'il y a, plutôt, lieu de préserver leur effet utile, il me semble que l'interprétation de l'exception de « pastiche » suggérée par Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission est aussi éloignée que cela se peut d'une interprétation *stricte*. Elle ne se borne pas à préserver son effet utile : elle la maximise en lui accordant la portée la *plus large possible*.

71. Troisièmement, comme indiqué aux points 36 et 37 des présentes conclusions, le système d'exceptions et de limitations prévu à l'article 5 de la directive InfoSoc, en l'état, énumère de manière exhaustive les cas dans lesquels l'utilisation de matériel protégé est librement permise. Tandis que certains de ces cas sont relativement larges dans leur portée (comme la « citation » ou la « copie privée »), ils ne sont jamais complètement ouverts non plus. En revanche, selon l'interprétation suggérée par Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission, l'exception de « pastiche » au titre de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de cette directive couvrirait un éventail mal défini, potentiellement *illimité*, de réutilisations créatives de matériel protégé (111), sous réserve uniquement d'une mise en balance, au cas par cas, dans le cadre du test (lui aussi ouvert) en trois étapes prévu à l'article 5, paragraphe 5, à la lumière de divers facteurs (étendue et finalité de l'utilisation, risque de substitution, etc.). En réalité, comme le fait valoir CG, cela transformerait cette exception en une clause générale de type « *fair use* » (« utilisation raisonnable »), telle que celle que l'on trouve dans d'autres systèmes juridiques, y compris

aux États-Unis (112), dont la logique flexible, au cas par cas, est en contradiction avec la nature fermée du système de l'Union (113). Elle aurait également l'effet curieux de (re)légitimer la clause de « libre utilisation » prévue à l'article 24, paragraphe 1, de l'UrhG, que la Cour a considérée comme incompatible avec ce même système dans l'arrêt Pelham I.

c) **La finalité de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc**

72. Il est clair que l'exception de « pastiche » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc repose sur la liberté d'expression et la liberté des arts des utilisateurs d'œuvres ou autres objets protégés (114). À la lumière de cette raison d'être, il est également clair que cette exception confère des « droits » à ces utilisateurs (115).

73. Cela étant dit, selon moi, le législateur a entendu, par cette exception, plus particulièrement contribuer à cette liberté en permettant *certaines* expressions « dérivées » protégées par l'article 11 et/ou l'article 13 de la Charte, à savoir les « pastiches ». En effet, ces « pastiches », tels que définis au point 53 des présentes conclusions, sont des œuvres d'art relevant de l'article 13 de la Charte. Ils peuvent également être utilisés pour exprimer des opinions protégées en vertu de l'article 11 de celle-ci (116).

74. En revanche, il serait erroné de déduire de cet ancrage dans un droit fondamental que l'exception de « pastiche » était destinée à couvrir potentiellement *toutes* ces expressions « dérivées » (sous réserve du test en trois étapes prévu à l'article 5, paragraphe 5, de la directive InfoSoc).

75. Le fait que cela n'a jamais été la finalité de l'exception de « pastiche » ressort également du processus de révision de l'acquis de l'Union en matière de propriété littéraire et artistique qui a précédé l'adoption de la directive CDSM, ainsi que des travaux préparatoires y relatifs (117). Dans ce contexte, il a été proposé d'ajouter à cet acquis une exception pour la réutilisation créative ou communicative de matériel protégé (en particulier dans les CGU) (118), qui a même été envisagée, pendant un temps, par la Commission (119) ainsi que par des membres du Parlement européen (120). Manifestement, à l'époque, personne n'a pensé que l'exception de « pastiche » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc remplissait déjà cette fonction. Finalement, les deux institutions ont abandonné l'idée (121) et le législateur de l'Union s'est, en fin de compte, borné à réaffirmer l'exception de « pastiche » à l'article 17, paragraphe 7, sous b), de la directive CDSM (122).

76. Toutefois, l'argument téléologique avancé par Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission à l'appui de leur interprétation de la notion de « pastiche » est quelque peu différent. En substance, ils soutiennent que, conformément à la jurisprudence de la Cour, l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc devrait être interprété d'une manière qui « respecte pleinement » les droits fondamentaux garantis au titre de l'article 11 et de l'article 13 de la Charte (123). À cet égard, ces intéressés font valoir que,

si un large éventail de pratiques créatives (ou même simplement communicatives) fondées sur la réutilisation de matériel protégé, y compris le remix, les mèmes, les GIF, le mashup, l'échantillonnage (et ainsi de suite) ne trouvaient pas d'appui dans l'exception de « pastiche », des formes d'expression qui sont à la fois omniprésentes dans l'environnement numérique actuel et socialement souhaitables seraient en péril. Une telle interprétation placerait la directive InfoSoc en porte-à-faux avec ces droits fondamentaux.

77. Comme je l'expliquerai en détail plus tard, je partage, dans une certaine mesure, ces considérations. En effet, je conviens que le système littéraire et artistique de l'Union, en l'état, ne laisse pas une latitude suffisante pour certaines réutilisations créatives de matériel protégé aux fins de s'aligner pleinement sur, notamment, la liberté des arts. Néanmoins, l'interprétation conforme aux droits fondamentaux de la notion de « pastiche » suggérée par ces intéressés n'est pas un moyen approprié pour remédier à cette difficulté.

78. En effet, une interprétation conforme à la Charte d'un texte de droit dérivé de l'Union présuppose que ce texte soit ouvert à une telle interprétation, compte tenu de son libellé, de son économie et de sa finalité (124). Ici, comme je l'ai déjà expliqué, la notion de « pastiche » utilisée à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de cette directive, lue de manière contextuelle et téléologique, ne se prête *pas* à l'interprétation suggérée par ces intéressés. Soutenir une telle position reviendrait à étirer cette disposition jusqu'à sa *dénaturation*.

79. Comme expliqué au point 37 des présentes conclusions, la Cour a considéré que, en raison du caractère exhaustif de la liste des exceptions et limitations prévues à l'article 5, paragraphes 1 à 4, de la directive InfoSoc, les juges ne peuvent accorder des dérogations additionnelles au droit d'auteur et aux droits voisins sur la base des droits fondamentaux garantis par la Charte. De même, selon moi, la Cour ne peut pas, non plus, *dénaturer* une exception existante, à la lumière de la liberté d'expression, pour permettre des utilisations pour lesquelles elle n'a jamais été conçue (125). Cela équivaudrait, selon moi, à une interprétation *contra-legem*. Cela compromettrait le « juste équilibre » établi par le législateur entre les titulaires de droits et les utilisateurs ainsi que le « niveau élevé de protection » des premiers souhaité par le législateur (126).

80. Dans une telle situation, où une interprétation conforme n'est pas envisageable, ce dont il reste à discuter est la question de savoir si la directive InfoSoc est compatible avec ces droits fondamentaux. Comme cela a été indiqué précédemment, je me pencherai sur cette question à la section C.

#### d) **Conclusion intermédiaire**

81. Il résulte des considérations qui précèdent qu'un « pastiche » au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc est une création artistique qui i) évoque une œuvre existante, en adoptant son « langage esthétique » distinctif, tout en ii) présentant des différences perceptibles par rapport à la source imitée, et iii) est destinée à être reconnue comme étant une imitation. Le but poursuivi par cette imitation stylistique ouverte

est dénué de pertinence. L'utilisation d'éléments protégés provenant d'œuvres ou d'autres objets, y compris les « échantillons » de phonogrammes, relève de l'exception correspondante lorsqu'il en résulte une création artistique présentant ces caractéristiques essentielles.

82. La seconde question posée par le BGH concerne, plus particulièrement, le point de savoir si l'existence d'un tel « pastiche » nécessite la détermination de l'intention subjective de l'utilisateur, ou s'il suffit que le caractère de « pastiche » soit reconnaissable pour les personnes connaissant le matériel réutilisé et disposant de l'entendement nécessaire pour le percevoir. Cette question appelle, selon moi, une réponse succincte. D'une part, il découle de la définition ci-dessus qu'un « pastiche » se caractérise, entre autres, par le fait qu'il est *destiné* à être reconnu comme étant une imitation (à la différence du plagiat). Ainsi, la question de savoir si l'utilisateur avait cette intention est effectivement déterminante. D'autre part, il me semble que, afin de garantir la sécurité juridique nécessaire (et éviter, notamment, que des utilisateurs de mauvaise foi ne présentent rétrospectivement un plagiat comme un « pastiche » en cas de procédure pour atteinte à la propriété intellectuelle), cette intention doit être appréciée objectivement. En conséquence, la nature « pastiche » de l'utilisation devrait être évidente dans le résultat final. Elle devrait y être indiquée (d'une manière ou d'une autre) ou, du moins, être reconnaissable comme telle par le spectateur ou l'auditeur connaissant la source.

83. En conséquence, l'exception de « pastiche » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc offre une latitude limitée pour la réutilisation créative de matériel protégé. Les « échantillons » et autres emprunts d'un tel matériel qui ne servent pas à une telle imitation artistique, stylistique ouverte, ne sont pas couverts par cette exception. Par exemple, elle ne peut trouver à s'appliquer à la réutilisation d'un « échantillon » prélevé d'un phonogramme, tel que celui contenant le titre musical « Metall of Metall », pour créer une nouvelle œuvre musicale dans un style complètement différent, telle que le titre musical « Nur mir » ([127](#)). Les autres exceptions et limitations offrent, de manière similaire, une marge de manœuvre limitée, comme il en sera discuté dans les sections qui suivent.

## 2. **L'exception de « citation »**

84. L'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive InfoSoc contient une exception facultative aux droits, entre autres, de reproduction prévus à l'article 2 de cette directive pour les utilisations qui peuvent être qualifiées de « citations » et qui remplissent certaines conditions. En outre, en vertu de l'article 17, paragraphe 7, sous a), de la directive CDSM, cette exception est obligatoire en ce qui concerne les utilisations en ligne couvertes par cette disposition ([128](#)).

85. Il résulte de l'arrêt Pelham I que cette exception n'est pas limitée à la reproduction paradigmatique d'un extrait d'une œuvre littéraire dans un autre texte, mais peut couvrir l'utilisation d'autres types d'œuvres (musicales, cinématographiques, etc.) ou d'autres

objets (phonogrammes, fixation de films, etc.), dans d'autres types de contenu. En particulier, l'utilisation d'un « échantillon » d'un phonogramme et son intégration dans un nouveau contenu musical peuvent constituer une « citation » (129).

86. En outre, les « citations » ne sont pas permises uniquement aux fins énumérées à l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive InfoSoc (à savoir à des fins de « critique ou de revue »), cette énumération n'étant qu'indicative [« [...] par exemple, à des fins de [...] »]. Comme la Cour l'a (implicitement) admis dans l'arrêt *Pelham I*, une telle « citation » peut très bien poursuivre une finalité différente, *artistique* (130).

87. À l'évidence, cela signifie que l'exception de « citation » est pertinente lorsqu'il s'agit de réutiliser du matériel protégé dans les arts. Les exigences expresses prévues par cette disposition ne sont pas non plus excessivement restrictives à cet égard. Premièrement, « la source, y compris le nom de l'auteur » doit être indiquée « à moins que cela ne s'avère impossible ». En ce qui concerne, par exemple, la « citation » d'une œuvre musicale dans un autre contenu musical, il peut être difficile d'y procéder au sein même de ce contenu (131). Toutefois, l'inclusion de telles informations dans le matériel d'accompagnement (brochure, description, etc.) satisfait à l'« esprit » d'attribution inhérent à cette exigence (132). Deuxièmement, l'utilisation d'une « citation » doit simplement être faite « conformément aux bons usages » et « dans la mesure justifiée par le but poursuivi », c'est-à-dire proportionnée. Ainsi, la « citation » de longs extraits d'une œuvre ou d'un objet protégé, voire de l'*intégralité* de celle-ci, peut, selon les circonstances, être librement permise (133).

88. Néanmoins, l'exception de « citation » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive InfoSoc n'englobe pas toute forme de réutilisation artistique de matériel protégé non plus. Conformément à la définition de la « citation » adoptée par la Cour dans l'arrêt *Pelham I*, aux fins d'être qualifié de « citation », le matériel de tiers, par exemple un « échantillon » de phonogramme, doit être reproduit i) dans l'objectif d'« interagir » avec l'œuvre sous-jacente ainsi « citée », ce qui présuppose ii) que l'auditeur ou le spectateur soit capable d'« identifier » cette œuvre (134).

89. En d'autres termes, au-delà du simple lien *matériel* inhérent à toute utilisation d'œuvres ou autres objets existants dans une nouvelle création, une telle utilisation, pour être qualifiée de « citation », doit être le vecteur d'une certaine interaction *intellectuelle* entre la nouvelle création et le matériel source, « que ce soit en confrontation ou en hommage, ou encore d'une autre manière » (135). La simple appropriation d'un matériel de tiers, en raison de ses propriétés esthétiques, pour l'utiliser comme une composante ne suffit pas. En outre, pour remplir cette fonction « dialogique », une « citation » doit être reconnaissable comme étant une référence à un contenu tiers. Certes, une « citation » ne doit pas être *mise à part* dans la nouvelle création (comme elle le serait dans un texte, avec des guillemets ou en italique). Cela serait impossible, par exemple, dans le cas d'une référence à une œuvre musicale dans un nouveau contenu musical. L'extrait de matériel

de tiers peut être *intégrée, sans jonctions apparentes*, dans ce dernier. Néanmoins, il doit être reconnaissable comme étant une « citation » par les personnes connaissant l'œuvre source et disposant de l'entendement nécessaire pour percevoir la « citation » (136).

90. Interprétée ainsi, l'exception de « citation » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive InfoSoc couvre des situations dans lesquelles les créateurs se réfèrent, de manière ouverte, à des œuvres existantes dans leur propre création, en hommage à leur auteur ou à leur importance culturelle, pour évoquer un contexte culturel partagé (137) ou pour confronter leurs propres idées, par le biais de telles « citations », à celles de compositeurs antérieurs (138). Elle couvre également, comme la Cour l'a laissé entendre dans l'affaire Pelham I, certains cas d'« échantillonnage », y compris dans le hip-hop, où des « échantillons sonores » reconnaissables sont destinés à fonctionner comme des « citations » numériques, référentielles des œuvres sous-jacentes (139).

91. Toutefois, elle ne couvrira pas de nombreux cas de réutilisation de matériel protégé, dans lesquels l'« emprunt » tiré de celui-ci n'est pas reconnaissable comme une « citation » et où il y a « simplement » une appropriation de la source pour construire une nouvelle création, sans une quelconque autre interaction intellectuelle. Cela comprendrait, par exemple, outre la plupart des mèmes (140) et des GIF, la pratique artistique consistant à s'approprier des thèmes célèbres pour construire des variations, ou l'utilisation d'« échantillons » qui ne sont pas destinés être reconnus comme une référence par l'auditeur et/ou qui sont trop courts pour permettre une quelconque interaction avec l'œuvre sous-jacente (par exemple, un seul coup de tambour ou quelques secondes d'une piste instrumentale, repris en boucle pour former la partie rythmique d'une nouvelle création), telle que celle en cause dans l'affaire au principal (141).

### 3. **L'exception de « parodie »**

92. Je rappelle que l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc contient (également) une exception facultative relative à l'utilisation de matériel protégé « à des fins de [...] parodie ». Cette exception est également devenue obligatoire, en vertu de l'article 17, paragraphe 7, sous b), de la directive CDSM, en ce qui concerne les utilisations en ligne couvertes par cette disposition.

93. Je rappelle que, dans l'arrêt Deckmyn, la Cour a jugé que les caractéristiques essentielles d'une « parodie » au sens de cette disposition sont i) « d'évoquer une œuvre existante » tout ii) « en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci », et iii) « de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie ». En outre, le contenu parodique n'a pas à atteindre le seuil de l'« originalité ». En outre, il n'est pas nécessaire que ce contenu soit une parodie « de » l'œuvre source. Cette dernière peut être réutilisée simplement comme un moyen d'expression d'un message humoristique ou satirique, visant autre chose.

94. Cette approche assez large de la « parodie » offre une certaine marge de

manœuvre pour la réutilisation créative de matériel protégé (142). Elle peut s'appliquer, par exemple, à de nombreux cas de mêmes, impliquant la reproduction « reconnaissable » d'images de films (143) et leur subversion humoristique par des modifications substantielles et/ou l'ajout de sous-titres (144). De même, elle peut couvrir certains cas de mashups, potentiellement créés par l'« échantillonnage » d'autres phonogrammes, caractérisés par leur ton humoristique ou leur incongruité (145). Elle peut également couvrir certains « found footage », où des images de films sont réutilisées de manière humoristique (146), ou même le détournement créatif de certains personnages bien aimés protégés par le droit d'auteur (147).

95. Toutefois, comme elle présuppose la subversion humoristique ou satirique du matériel protégé, cette exception ne peut couvrir des objets tels que les GIF réactionnels ou les mêmes, basés sur du matériel qui était *déjà* humoristique. Elle ne peut pas non plus s'appliquer, par hypothèse, à tout l'éventail des réutilisations créatives qui sont dépourvues d'intention humoristique ou critique, en ce compris la plupart des cas d'« échantillonnage » (y compris celui en cause au principal).

### C. La compatibilité de la directive InfoSoc avec la liberté des arts

96. Il résulte de la section précédente que, d'une part, les droits exclusifs de reproduction conférés aux titulaires de droits sur leurs objets protégés en vertu de l'article 2 de la directive InfoSoc, limitent la possibilité pour les créateurs futurs de réutiliser ces objets (même une petite fraction de ceux-ci) d'une manière perceptible dans de nouvelles créations. D'autre part, les exceptions et limitations prévues à l'article 5 de cette directive, en ce compris l'exception de « pastiche », offrent une marge de manœuvre limitée à cet égard. La question qui subsiste, par conséquent, est celle de la compatibilité d'un tel système avec la liberté des arts au titre de l'article 13 de la Charte.

97. Les expressions artistiques « dérivées » relèvent clairement du champ d'application de l'article 13 de la Charte. En restreignant ces expressions, le droit d'auteur et les droits voisins entraînent des limitations à cette liberté fondamentale. Ils limitent également, indirectement, le droit du public d'accéder auxdites expressions. La liberté des arts n'est, toutefois, pas absolue. Conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, de telles limitations sont admissibles à condition qu'elles i) soient « prévue[s] par la loi », ii) respectent « le contenu essentiel » de cette liberté et iii) respectent le principe de proportionnalité, qui implique que ces limitations a) « répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui » et b) soient appropriées, nécessaires et proportionnées stricto sensu.

98. Il n'est pas contesté que les limitations en cause sont « prévues par la loi » (à savoir la directive InfoSoc) et respectent « le contenu essentiel » de la liberté des arts, comme indiqué au point 26 des présentes conclusions (148). Il est également clair qu'elles répondent « au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». Comme expliqué respectivement aux points 24 et 28 des présentes conclusions, le droit d'auteur conféré

aux auteurs sur leurs œuvres est une mesure positive destinée à protéger leur propre droit à la liberté des arts au titre de l'article 13 de la Charte ; les droits voisins conférés aux producteurs de phonogrammes et de films ainsi qu'aux radiodiffuseurs sont là pour protéger leurs investissements. En outre, les deux types de droits justifient une protection au titre de la « propriété intellectuelle » en vertu de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux (149). Enfin, le système prévu par la directive InfoSoc est un moyen « approprié » pour atteindre les objectifs poursuivis. Il est également « nécessaire » à cet égard étant donné que des droits exclusifs plus étroits ou des exceptions et limitations plus larges n'assureraient pas, avec la même efficacité, le « niveau élevé de protection » de la propriété intellectuelle poursuivi par le législateur de l'Union.

99. La seule question litigieuse est celle de savoir si l'exigence de proportionnalité stricto sensu est satisfaite, à savoir si les inconvénients résultant des restrictions imposées par le système introduit par la directive InfoSoc sur la liberté des arts sont proportionnés aux avantages résultant de ce système au regard de ses objectifs (150).

100. Ces inconvénients ont été examinés précédemment. En règle générale, la réutilisation perceptible d'un matériel protégé dans une nouvelle création relève du (ou des) droit(s) de reproduction du (ou des) titulaire(s) de droits concerné(s), ce qui peut restreindre de manière significative la capacité de chacun à produire une expression artistique « dérivée ». À cet égard, il serait quelque peu simpliste d'écarter la question en disant que quiconque souhaite le faire doit « simplement » obtenir l'autorisation du (ou des) titulaire(s) de droits et payer une redevance à cet effet.

101. Par exemple, pour emprunter légalement un « échantillon » d'un phonogramme et l'utiliser dans une nouvelle composition, un artiste devrait, en règle générale, obtenir i) nécessairement une licence pour l'utilisation du phonogramme et ii) potentiellement une licence pour l'utilisation de l'œuvre sous-jacente (si l'« échantillon » contient des éléments « originaux » de celle-ci) (151). À cet égard, outre le fait que les titulaires de droits ne sont pas toujours connus ou faciles à localiser, l'obtention de telles licences sera souvent une charge trop lourde pour les nouveaux créateurs.

102. En l'absence d'un système de licences obligatoires encadrées pour la réutilisation artistique d'œuvres ou de phonogrammes (etc.), c'est la liberté contractuelle qui prévaut. Les parties ne se trouvent, toutefois, pas dans la même position pour négocier. Le système en matière de droit d'auteur laisse les titulaires de droits entièrement libres d'octroyer, ou de ne pas octroyer, une licence, ce qui les place, d'emblée, dans une position de force dans le cadre de négociations. Ils peuvent réclamer, pour l'utilisation de leur matériel, une redevance qui peut ne pas être proportionnée aux revenus que la création « dérivée » pourrait générer, si elle venait à être exploitée (152). De plus, les artistes d'hier et leurs producteurs (comme les « grands majors ») disposeront souvent des moyens financiers nécessaires pour renforcer leur position de négociation. Tandis que d'autres producteurs et artistes célèbres seront en mesure de négocier sur un pied

d'égalité, cela ne sera pas le cas des petits artistes. Cela conduit à un risque d'une faculté de création « à deux vitesses », les œuvres « dérivées » étant réservées aux puissants et aux riches.

103. Enfin, les titulaires de droits d'hier peuvent simplement refuser d'autoriser la réutilisation de leur œuvre, ce qui oblige les créateurs à choisir entre i) ne pas créer l'œuvre d'art envisagée ou ii) réutiliser quand même le matériel protégé et s'exposer au risque d'une action coûteuse pour atteinte à leur propriété intellectuelle (153). De telles contraintes sont particulièrement redoutables lorsque la forme d'art concernée *dépend* d'emprunts concrets, tels que l'« échantillonnage » (mais aussi le collage, etc.). D'une manière générale, elles risquent d'étouffer de nombreuses formes de création.

104. Les avantages du système établi par la directive InfoSoc sont le « reflet » de ces inconvénients. Il récompense la créativité et/ou l'investissement passés, en assurant aux titulaires de droits d'hier un contrôle quasi total sur l'utilisation de leur propriété intellectuelle et une possibilité distincte de l'exploiter à son plein potentiel.

105. Comme cela a été indiqué dans la section B des présentes conclusions, le législateur a cherché à établir un « équilibre » entre la récompense du passé et le soutien à la nouveauté. Les exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins existantes, en particulier celles de « citation », « parodie » et « pastiche », encouragent, à cet égard, les créateurs de demain par rapport aux titulaires de droits d'hier. Selon moi, il ne fait guère de doute que, bien que ces exceptions soient présentées comme *facultatives* par le législateur à l'article 5, paragraphe 3, de la directive InfoSoc, les États membres sont *tenus* de les transposer dans leur droit national pour se conformer à l'article 13 de la Charte (154).

106. Néanmoins, la question, souvent soulignée par les commentateurs (et qui sous-tend la construction quelque peu « créative » du « pastiche » suggérée par Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission), est qu'un tel système de droits exclusifs étendus et d'exceptions et limitations fermées, énumérées de manière exhaustive, est, par nature, particulièrement *rigide*.

107. Comme nous l'avons vu, en vertu des exceptions et limitations actuelles, le matériel protégé ne peut être librement réutilisé que s'il contribue à une création artistique ouvertement imitative (« pastiche »), en tant que référence « dialogique » à l'œuvre source (« citation ») ou en tant que détournement humoristique ou critique (« parodie »). Ce système ne permet *jamais* l'appropriation d'un tel matériel, sélectionné « simplement » pour sa valeur esthétique, et sa réutilisation dans une nouvelle création. Il en va ainsi indépendamment i) de l'étendue et de la valeur (tant créative qu'économique) du matériel emprunté et ii) de l'importance de l'apport ajouté par l'utilisateur et donc de l'« intensité créative » de cette nouvelle création. Il semble assez évident que le poids de la prétention au titre de la propriété intellectuelle du titulaire du droit concerné en vertu de l'article 13 et/ou de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte dépend du premier paramètre, tandis que le

poids de la prétention au titre de la liberté des arts du nouveau créateur en vertu de l'article 13 de la Charte dépend du second. Comme l'illustrent les exemples donnés au point 32 des présentes conclusions, une telle réutilisation *peut* être une grande source d'innovation et de valeur culturelle (155). Toutefois, le système actuel ne laisse pas de place à de telles nuances.

108. En effet, ce système traite indistinctement, d'une part, la contrefaçon, le plagiat et les exagérations de certains adeptes de l'« *appropriation art* » (l'art par appropriation) (qui empruntent *très* abondamment à des œuvres existantes, tout en y ajoutant peu d'apport) (156), dont les produits pourraient causer un préjudice significatif aux intérêts économiques des titulaires du droit en se substituant eux-mêmes au matériel source (157), et, d'autre part, les œuvres d'art créées en empruntant une petite quantité de matériel protégé ou en l'utilisant d'une manière hautement « transformative » et qui, pour cette raison, n'entrent pas en concurrence avec cette source et donc ne causeraient pas un tel préjudice. Par exemple, dans l'affaire au principal, les juridictions allemandes ont établi que la création et l'exploitation du titre musical « Nur mir » n'ont pas eu d'incidence négative sur l'exploitation normale du titre musical « Metall auf Metall » (158). Néanmoins, en l'absence d'une exception ou limitation applicable, ces considérations économiques sont tout simplement ignorées par les règles actuelles (159).

109. Le cœur de la question est de savoir si un tel « équilibre » répond aux exigences de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte (et peut donc être considéré comme véritablement « juste »). À ce stade, je tiens à souligner qu'il est évident que le législateur de l'Union dispose d'une large marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de mettre en balance deux séries de droits et intérêts concurrents, tous deux protégés par la Charte (160). Par conséquent, il existe plus d'un résultat qui peut être considéré comme un « juste équilibre » et être compatible avec cette disposition. Dans ce contexte, le législateur peut très bien choisir, en principe, de faire pencher la balance davantage en faveur des titulaires de droits et d'accorder un « niveau élevé » de protection à leur propriété intellectuelle. Néanmoins, cette marge d'appréciation ne saurait être illimitée non plus. Dans le cas contraire, l'exigence de proportionnalité stricto sensu serait vidée de son sens et, avec elle, l'importante garantie des droits fondamentaux qu'elle vise à assurer. Comme l'avocat général Saugmandsgaard Øe l'a observé dans ses conclusions dans les affaires *Tele2 Sverige e.a.* (161), cette exigence « ouvre ainsi un débat sur les valeurs devant prévaloir dans une société démocratique et, en définitive, sur le type de société dans lequel nous souhaitons vivre ».

110. Une norme adéquate de contrôle devrait être adoptée afin de concilier cette marge d'appréciation avec l'impératif de contrôle juridictionnel. Par conséquent, selon moi, la Cour devrait pouvoir censurer une mesure adoptée par le législateur de l'Union, dans un tel contexte, lorsque l'« équilibre » entre les droits fondamentaux dans cette mesure est *manifestement* erroné (162).

111. S'agissant du système établi dans la directive InfoSoc, il y a, selon moi, une distinction à faire. S'agissant des droits voisins conférés aux producteurs de phonogrammes, de films et d'émissions, tels qu'interprétés par la Cour, cet équilibre est manifestement erroné (1). En revanche, s'agissant des droits d'auteur conférés aux auteurs, cet équilibre est, de manière générale, conforme à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte (2). Néanmoins, une certaine évolution pourrait être souhaitable de lege ferenda (3).

1. ***Le déséquilibre des droits voisins, tels qu'ils sont actuellement interprétés***

112. En ce qui concerne les droits voisins, il me semble évident que faire relever des droits exclusifs de reproduction des producteurs ou des radiodiffuseurs concernés la réutilisation « reconnaissable », dans une nouvelle création, de *tout* extrait, même « très court », d'objets tels que des phonogrammes, des fixations de films ou d'émissions, sélectionnés « simplement » pour leurs propriétés esthétiques, n'assure pas, à un degré manifeste, un « juste équilibre » entre le droit à la propriété intellectuelle de ces parties prenantes en vertu de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, d'une part, et le droit de chacun à la liberté des arts en vertu de l'article 13 de la Charte, d'autre part. En effet, c'est précisément ce que le BVerfG a jugé, dans l'affaire au principal, au titre des droits fondamentaux garantis par la Constitution allemande (163), s'agissant de la réutilisation d'« échantillons sonores » (164).

113. En effet, dans cet exercice de mise en balance, la liberté des arts au titre de l'article 13 de la Charte devrait avoir un poids significatif. Il en est ainsi parce que, en tant qu'émanation de la liberté d'expression, elle « constitue l'un des fondements essentiels » d'une société démocratique. En effet, le droit pour chacun de participer à la vie culturelle de la communauté est « l'une des conditions primordiales [du progrès d'une telle société] » (165).

114. En revanche, la prétention des producteurs et des radiodiffuseurs au titre de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte est moins convaincante. Je rappelle que le droit de propriété intellectuelle prévu par cette disposition doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société (166). En d'autres termes, la protection de la « propriété » du producteur ou radiodiffuseur n'est pas une fin en soi. Les droits voisins exclusifs sur les phonogrammes, les films et les émissions devraient être envisagés à la lumière de leur justification. En effet, en tant que limitations à la liberté des arts de chacun, ces droits ne doivent pas recevoir une portée plus large que celle requise par cette justification (167).

115. Selon moi, la justification des droits voisins conférés aux producteurs et aux radiodiffuseurs, tenant à la protection de leur investissement, expliquée au point 28 des présentes conclusions, indépendamment de son bien-fondé (168), ne saurait exiger, à la lumière de la liberté des arts, que ces droits voisins couvrent la réutilisation créative de *tout* extrait « reconnaissable » de phonogrammes, films ou émissions.

116. Le simple fait que les producteurs et radiodiffuseurs puissent tirer des revenus de l'octroi de licences pour de tels extraits n'est pas, en soi, pertinent. Les droits voisins ont été conçus pour garantir que les ventes de ces objets et les opérations licites relatives à ceux-ci ne soient pas menacées par des copies illégitimes, de manière à ce que les producteurs et radiodiffuseurs puissent en obtenir un rendement satisfaisant et amortir l'investissement qu'ils ont consenti dans leur production (169). Ils n'ont pas été conçus pour garantir aux producteurs et aux radiodiffuseurs la possibilité de percevoir la rémunération la plus élevée possible sur leurs phonogrammes, films et émissions, par l'octroi d'une licence sur tout extrait (170).

117. À la différence de l'« emprunt » de la propriété matérielle d'une personne, toutes les reproductions d'extraits d'un phonogramme, d'un film ou d'une émission n'en diminuent pas la valeur et ne menacent pas l'investissement du producteur ou du radiodiffuseur concerné. Ces titulaires de droits ne devraient être protégés que contre les reproductions de parties de leurs objets, telles que des « échantillons » de phonogrammes, qui sont suffisamment substantielles (d'un point de vue quantitatif ou qualitatif) pour porter atteinte à la possibilité qu'ils ont d'obtenir un rendement satisfaisant de leur investissement parce que ces reproductions pourraient être utilisées pour créer un produit de substitution, ce qui pourrait avoir un impact négatif sur les ventes de ces objets ou sur d'autres opérations licites relatives à ceux-ci (171).

118. Par exemple, en ce qui concerne les phonogrammes, cela inclurait des échantillons longs et/ou distinctifs intégrant des accroches (« *hooks* ») de chansons célèbres. En revanche, la réutilisation d'échantillons courts et/ou non distinctifs n'entraînerait pas un tel risque, indépendamment du point de savoir si ces échantillons sont « reconnaissables à l'écoute » lors d'une écoute « côte à côte ». Il n'y a donc que peu, voire pas du tout, de justification pour que les intérêts des titulaires de droits l'emportent sur la liberté des arts dans le second scénario (172).

119. En revanche, ce système, tel qu'il est interprété, porte une atteinte significative à la liberté des arts, étant donné qu'elle entrave les formes d'art contemporaines, rendues possibles par la révolution numérique, fondées sur la réutilisation de phonogrammes, de fixations de films ou d'émissions, telles que l'« échantillonnage », en dépit de la valeur culturelle qui leur est associée. Soumettre toute réutilisation « reconnaissable » d'un quelconque extrait de phonogrammes, de fixations de films ou d'émissions au contrôle préalable des titulaires de droits est également en contradiction avec le fonctionnement et la réalité mêmes d'Internet. Interprétés comme tels, ces droits empiètent sur les communications de tous les jours et les tendances rencontrées sur Internet, telles que les mèmes et les GIF, ainsi que tout l'éventail de CGU dont il a été discuté ci-dessus (173).

120. Les arguments contraires ne résistent, selon moi, pas à un examen approfondi. Les difficultés liées à l'obtention des autorisations pour l'utilisation d'échantillons ont déjà été examinées plus haut. L'affirmation, réitérée par CG devant la Cour, selon laquelle il n'y a pas de véritable entrave pour les arts, car, étant donné que les droits voisins ne

s'appliquent qu'aux reproductions du phonogramme (ou de la fixation de film, etc.) *en lui-même*, les créateurs seraient toujours libres de recréer eux-mêmes les sons (ou l'image) enregistrés (à l'aide d'instruments de musique ou de tout outil nécessaire quel qu'il soit) n'est pas convaincante. Selon moi, cette affirmation nie l'essence même de formes d'art qui réside précisément dans l'utilisation de *musique enregistrée* pour créer de la nouvelle musique (ou d'enregistrement audiovisuel pour créer de nouveaux contenus audiovisuels). Elle repose sur l'hypothèse désobligeante selon laquelle, par exemple, en musique, les « échantillons » de phonogrammes sont utilisés pour économiser le travail, le temps et les efforts qu'il faudrait pour recréer le son sous-jacent. En effet, il arrive souvent que des « échantillons » soient utilisés et combinés en raison des résultats esthétiques particuliers que cela produit. Il ne serait pas toujours possible d'obtenir le même résultat en réenregistrant le son inclus dans un enregistrement. Ainsi, l'un n'est pas toujours (d'un point de vue artistique) un substitut de l'autre. En outre, dans de nombreuses situations, l'« échantillonnage » implique plus de temps et d'efforts que la production indépendante d'un son similaire. Les « échantillonneurs » doivent écouter un large éventail de musique, choisir les éléments qui, selon eux, pourront fonctionner ensemble, puis les transformer. Cela peut s'avérer laborieux (174).

121. Je suis bien conscient du fait que l'exclusion du champ d'application du droit de reproduction des producteurs de phonogrammes, dans l'arrêt *Pelham I*, des « échantillons » qui sont modifiés au point d'être « non reconnaissables à l'écoute » a déjà été présentée, par la Cour, comme contribuant à assurer un « juste équilibre » entre la liberté des arts et le droit à la propriété intellectuelle du producteur.

122. Toutefois, premièrement, dire que l'« échantillonnage » est libre lorsqu'il est « non reconnaissable », c'est aussi nier une partie de l'essence des formes d'art fondées sur la création de musique par l'utilisation d'enregistrements, sélectionnés pour leurs propriétés esthétiques : si l'« échantillon » doit être déformé jusqu'au point de sa non-reconnaissance, pourquoi, fondamentalement, l'utiliser (175) ? Plus important encore, et avec tout le respect dû, la Cour n'a pas procédé à une évaluation approfondie des droits et des intérêts en jeu (176). Si la Cour a affirmé que son interprétation laisse une certaine marge de manœuvre pour réutiliser librement des échantillons (par leur déformation) (177), elle n'a pas expliqué i) en quoi tout échantillon « reconnaissable », même très court, pourrait porter atteinte à la possibilité qu'a le producteur d'obtenir un rendement satisfaisant de son investissement, ni ii) en quoi les intérêts économiques du producteur devraient l'emporter sur la liberté des arts, socialement fondamentale, même en ce qui concerne de courts extraits.

123. Il y a, selon moi, plusieurs façons de remédier au déséquilibre décrit dans les points qui précèdent, lorsqu'on adopte une approche holistique du système établi par la directive InfoSoc.

124. D'une part, la Cour pourrait aller plus loin que l'arrêt *Pelham I* et adopter plutôt une interprétation téléologique du concept, assez ouvert, de « reproduction en partie » au sens

de l'article 2, sous c) à e), de la directive InfoSoc (178), en tenant dûment compte de la raison d'être du droit prévu par cette disposition, comme couvrant uniquement les extraits susceptibles de porter atteinte à la possibilité qu'a le producteur ou radiodiffuseur d'obtenir un rendement satisfaisant de son investissement. L'adoption d'une telle règle de minimis permettrait de « rééquilibrer » les droits voisins et, partant, d'assurer leur compatibilité avec l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.

125. D'autre part, le « rééquilibrage » nécessaire serait également réalisé si le législateur de l'Union modifiait la directive InfoSoc pour exclure expressément du champ d'application de l'article 2, sous c) à e), les courts extraits (179), ou pour insérer une exception visant spécifiquement la réutilisation de matériel protégé, y compris des extraits de phonogrammes, films et émissions, dans une nouvelle création artistique, sous réserve (entre autres) du test en trois étapes prévu à l'article 5, paragraphe 5, de cette directive (qui, je le rappelle, comporte une exigence que l'utilisation ne « port[e] pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé »), comme il en sera discuté à la section 3 des présentes conclusions.

## 2. ***Un équilibre suffisant assuré en matière de droits d'auteur***

126. En revanche, l'interdiction de prélever des parties « originales » d'œuvres protégées, même petites, aux fins d'une nouvelle création, sous réserve des exceptions de « citation », de « parodie » et de « pastiche », satisfait, selon moi, aux exigences de proportionnalité sensu stricto.

127. La prétention au titre de la propriété intellectuelle de l'auteur en vertu de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, a considérablement plus de poids dans la balance que celle des producteurs et des radiodiffuseurs, dont il a été discuté dans la section précédente. En effet, la fonction de la propriété intellectuelle de l'auteur sur ses « œuvres » est de protéger son *propre* droit à la liberté des arts au titre de l'article 13 de la Charte. Il ne s'agit pas simplement de protéger un investissement économique. Il existe d'autres raisons, plus personnelles et plus fondamentales, qui relient un auteur aux fruits de sa création et expliquent pourquoi il souhaiterait légitimement avoir son mot à dire sur la réutilisation de celle-ci par d'autres créateurs (180).

128. Ainsi, les cas de réutilisation d'une œuvre dans une nouvelle création mettent face à face, en fait, *deux créateurs*, avec deux prétentions, opposées, au titre de la liberté des arts, ce qui rend la conciliation de ces intérêts concurrents un exercice particulièrement complexe. Cela justifie d'accorder, à cet égard, une marge d'appréciation *particulièrement* large au législateur de l'Union.

129. Selon moi, même si le poids précis de leurs prétentions respectives pourrait varier dans chaque cas, comme expliqué au point 107 des présentes conclusions, l'« équilibre » abstrait établi dans la directive InfoSoc est, d'une manière générale, « juste ». La portée du droit de reproduction accordé aux auteurs sur leurs « œuvres » au titre de l'article 2,

sous a), de la directive InfoSoc, tandis qu'elle a effectivement sa propre incidence sur les formes d'art fondées sur la réutilisation et la communication de tous les jours sur Internet (181), n'excède pas sa justification, puisqu'elle est limitée à la copie de parties « originales » des œuvres, laissant à chacun la liberté de réutiliser des éléments qui ne sont pas la création propre de l'auteur, comme cela a été expliqué au point 26 des présentes conclusions. En outre, les exceptions de « citation », de « parodie » et de « pastiche » laissent une marge de manœuvre pour une utilisation référentielle/dialogique et imitative d'œuvres existantes, et même la subversion de celles-ci à des fins humoristiques ou satiriques (182). Cela ne signifie pas que l'« équilibre » réalisé dans le système actuel serait le seul concevable, comme nous l'expliquerons dans la section suivante.

### 3. *Une évolution souhaitable de lege ferenda*

130. Il est souvent fait observer que l'objectif ultime des règles de l'Union en matière de propriété littéraire et artistique est de favoriser la création, la production et la diffusion de l'information, de la connaissance et de la culture (183). En toute logique, les droits exclusifs et les exceptions et limitations devraient être conçus en gardant à l'esprit ce but ultime.

131. À cet égard, il pourrait être souhaitable d'accroître la flexibilité de ce système en ce qui concerne la réutilisation artistique (ou même communicative) de matériel protégé. Ledit système serait, ainsi, mieux aligné sur les besoins de divers mouvements artistiques contemporains, tels que le hip-hop. Il est, pour le moins, douteux que ce genre aurait prospéré comme il l'a fait dans les années 80, si les droits exclusifs conférés aux auteurs et aux producteurs, tels que prévus par la directive InfoSoc, avaient été appliqués à la lettre. Il en va de même pour un bon nombre des exemples historiques donnés au point 32 des présentes conclusions. Entraver le développement de nouvelles formes d'art n'est vraiment pas un résultat socialement souhaitable. Ce système pourrait également mieux s'aligner sur le fonctionnement d'Internet et ses tendances. Le CGU constitue un phénomène social important à cet égard. Toutefois, le système n'offre, en l'état, pas de solutions spécifiquement consacrées à ceux-ci. De nombreuses expressions dérivées de grande valeur existent sur Internet dans une sorte de zone grise, principalement en raison d'une certaine tolérance implicite des titulaires de droits (ou de l'absence de capacité effective de les contrôler toutes). On peut soutenir que ces formes de créativité devraient également être encouragées. Il ne s'agit pas seulement d'une question de participation sociale, mais aussi d'une question de diversité artistique. Enfin, par ailleurs, le risque est que ce système soit rejeté par les créateurs tout comme par le public si des règles trop rigides ne sont pas adaptées à un environnement changeant.

132. Prévoir une exception visant spécifiquement la réutilisation artistique de matériel protégé (telle que la clause de « libre utilisation » du droit allemand), permettant une mise en balance concrète, au cas par cas, des droits et intérêts des parties, serait utile à cet égard. Cela encouragerait les cas de réutilisation artistique hautement créatifs et, par

conséquent, socialement appréciables (tout en tenant en échec les copies dépourvues d'inspiration). Un système de licences obligatoires encadrées ou de rémunération prévue par la loi (184) pourrait également être envisagé pour soutenir les créateurs d'hier dans certains cas. Une telle exception flexible et ouverte garantirait également que le système de la propriété littéraire et artistique s'adapte, en temps utile, aux changements sociaux et technologiques, actuels et futurs. D'un point de vue économique, le fait que de nombreux pays dans le monde aient adopté une telle clause devrait atténuer les craintes qu'elle « détruit » les industries culturelles de l'Union (185). En toute hypothèse, c'est au législateur qu'il appartiendrait d'introduire de tels mécanismes (186).

## V. Conclusion

133. À la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de justice de répondre aux questions préjudicielles déférées par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) de la manière suivante :

1) L'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

doit être interprété en ce sens que la notion de « pastiche », au sens de cette disposition, couvre une création artistique qui i) évoque une œuvre existante, en adoptant son « langage esthétique » distinctif, tout en ii) présentant des différences perceptibles par rapport à la source imitée, et iii) est destinée à être reconnue comme étant une imitation. Le but poursuivi par cette imitation stylistique ouverte est dénué de pertinence. L'utilisation d'éléments protégés provenant d'œuvres ou d'autres objets, en ce compris les « échantillons » de phonogrammes, relève de l'exception correspondante lorsqu'il en résulte une création artistique présentant ces caractéristiques essentielles.

2) L'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29/CE

doit être interprété en ce sens que l'utilisation d'une œuvre ou d'un autre objet protégé doit être considérée comme étant « à des fins de [...] pastiche » au sens de cette disposition lorsque le caractère de « pastiche » de cette utilisation est reconnaissable pour les personnes connaissant le matériel protégé réutilisé et disposant de l'entendement nécessaire pour percevoir le « pastiche ».

---

<sup>1</sup> Langue originale : l'anglais.

---

<sup>2</sup> Voir, pour une définition de l'« échantillonnage » (*sampling*), conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire *Pelham e.a.* (C-476/17, ci-après les « conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire *Pelham e.a.* », EU:C:2018:1002, point 1) : « Le *sampling* (échantillonnage) est une technique consistant à prélever, à l'aide d'équipements électroniques, des extraits (samples ou échantillons [...]) d'un phonogramme afin de les utiliser comme

éléments d'une nouvelle composition dans un autre phonogramme ».

---

[3](#) On entend par « phonogramme », dans la législation sur le droit d'auteur, toute fixation exclusivement sonore des sons (à savoir un enregistrement sonore) [voir article 3 de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961) (ci-après la « Convention de Rome »), et article 2, sous b), du Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adopté à Genève le 20 décembre 1996 et approuvé au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE du Conseil du 16 mars 2000 (JO 2000, L 89, p. 6) (ci-après le « WPPT de 1996 »).

---

[4](#) Arrêt du 29 juillet 2019, Pelham e.a. (C-476/17, ci-après l'« arrêt Pelham I », EU:C:2019:624).

---

[5](#) Directive du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 (JO 2001, L 167, p. 10).

---

[6](#) Directive du Parlement européen et du Conseil, du 17 avril 2019, modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (JO 2019, L 130, p. 92).

---

[7](#) Tandis que l'article 17, paragraphe 7, sous b), de la directive CDSM n'est pas applicable à la présente affaire (puisque'elle ne concerne ni le droit de communication au public, ni la réutilisation de matériel protégé par des utilisateurs de « services de partage de contenus en ligne »), cette disposition et l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc devraient être interprétés de manière uniforme (voir, par analogie, arrêt du 31 mai 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, points 28 à 34).

---

[8](#) Voir article 5 de la Grundgesetz (Loi fondamentale).

---

[9](#) Aux termes de cette disposition, « une œuvre indépendante qui a été créée en utilisant librement l'œuvre d'autrui peut être publiée et exploitée sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre utilisée ». Le BVerfG a considéré qu'elle pourrait s'appliquer, par analogie, à la réutilisation de phonogrammes.

---

[10](#) Certes, les membres de Kraftwerk s'appuient principalement sur les droits voisins des producteurs de phonogrammes. Ils invoquent toutefois également le droit d'auteur à titre subsidiaire. En toute hypothèse, l'exception de « pastiche » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc s'applique de manière transversale au droit d'auteur et à tous les droits voisins (voir point 36 des présentes conclusions). Ainsi, les questions déferées

concernant cette exception ne se limitent pas aux utilisations de phonogrammes, mais couvrent également les utilisations d'autres objets, tels que les œuvres. Ainsi, les deux types de droits doivent être pris en compte dans l'analyse.

---

[11](#) Bien que la question concerne les arts en général, étant donné que l'affaire au principal porte sur la musique, je concentrerai mon raisonnement sur ce domaine, tout en m'aventurant de temps à autre dans d'autres domaines.

---

[12](#) La liberté des arts est reconnue comme un droit fondamental autonome, au niveau national, dans plusieurs États membres, dont l'Allemagne (voir article 5 de la Loi fondamentale), et en droit international [voir article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (ci-après la « DUDH ») ; article 15, paragraphe 1, sous a), du Pacte international des Nations unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après le « PIDESC »), et article 19, paragraphe 2, du Pacte international des Nations unies relatif aux droits civils et politiques].

---

[13](#) Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (JO 2007, C 303, p. 17). La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH ») a jugé que la liberté d'expression, telle que garantie par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), inclut la « liberté d'expression artistique » (Cour EDH, 24 mai 1988, Müller et autres c. Suisse, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, § 27). La distinction entre les deux tient au point de savoir si l'expression est « artistique » ou non.

---

[14](#) Voir, en ce sens, arrêt Pelham I (point 34). Cour EDH, 24 mai 1988, Müller e.a. c. Suisse, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, § 27, et Cour EDH, 8 juillet 1999, Karataş c. Turquie, CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, § 49.

---

[15](#) Comme l'indique clairement l'utilisation du terme général « les arts » à l'article 13, la liberté en question a une large portée, couvrant toutes les formes d'expression artistique, quel qu'en soit le support (littérature, musique, arts visuels, etc.) [voir Peers, S., Hervey, T., Kenner, J., et Ward, A. (éds), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2021, p. 417 à 419].

---

[16](#) Voir convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris du 24 juillet 1971), telle que modifiée le 28 juillet 1979 (ci-après la « convention de Berne ») ; Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, adopté à Genève le 20 décembre 1996, approuvé au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000 (JO 2000, L 89, p. 6) (ci-après le « TDA ») ; Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, qui constitue l'annexe 1 C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du

commerce (OMC), signé à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO 1994, L 336, p. 1) (ci-après l'« accord ADPIC »).

---

[17](#) Voir, sur le fait que l'article 10 de la CEDH (et, par extension, l'article 13 de la Charte) impose aux autorités publiques non seulement des « obligations négatives » (s'abstenir de toute ingérence), mais également des « obligations positives » (prendre des mesures pour garantir la jouissance effective de la liberté d'expression), Cour EDH, 6 mai 2003, *Appleby c. Royaume-Uni*, CE:ECHR:2003:0506JUD004430698, § 39. En fait, la liberté des arts et la protection du droit d'auteur sont souvent envisagées conjointement dans les instruments de droit international [voir article 27, paragraphes 1 et 2, de la DUDH, et article 15, sous a) et c), du PIDESC].

---

[18](#) Et un ensemble de « droits moraux » (voir article 6bis de la convention de Berne), qui ne sont pas couverts par la directive InfoSoc. Voir, en outre, note en bas de page 54 des présentes conclusions.

---

[19](#) C'est-à-dire « reflètent la personnalité de leur auteur » (voir, en ce sens, arrêt du 16 juillet 2009, *Infopaq International*, C-5/08, ci-après l'« arrêt *Infopaq International*, EU:C:2009:465, point 37). En revanche, la valeur artistique est dénuée de pertinence. En effet, les juges ne peuvent décider ce qu'est un « bon » ou un « mauvais » art (car il s'agit d'une question intrinsèquement subjective).

---

[20](#) Voir également article 9 de la convention de Berne.

---

[21](#) Voir considérants 9 à 11 et 14 de la directive InfoSoc, ainsi que conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire *Pelham I* (point 83).

---

[22](#) À l'instar de la liberté d'expression au titre de l'article 11 de la Charte, vu la formulation large de l'article 13 de la Charte, la liberté des arts ne s'oppose pas seulement à la censure pour des motifs politiques ou moraux. Restreindre le type de matériel pouvant être utilisé par les artistes implique également une « contrainte » sur les arts au sens de l'article 13.

---

[23](#) Voir article 2 du TDA et article 9, paragraphe 2, de l'accord ADPIC.

---

[24](#) Voir arrêt *Infopaq* (points 38, 39 et 48).

---

[25](#) Tandis qu'un arrangement particulier de tels éléments dans une composition peut être

« original » et justifier la protection au titre du droit d'auteur, il ne fait pas du compositeur le propriétaire exclusif de chacun d'entre eux individuellement, car ils ne sont pas « sa création », mais un vocabulaire partagé, utilisé par d'innombrables créateurs. Voir Wilson, L., « The case for common property in musical objects », *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, vol. 26, n° 3, 2024, p. 413 à 460.

---

[26](#) Voir, en ce sens, arrêts Infopaq (points 38, 39 et 48), et du 1<sup>er</sup> décembre 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, points 36, 40, 41, 42 et 95 à 98).

---

[27](#) Il n'y a pas de seuil, tel que le nombre de notes qui peut être librement copié, au-delà duquel le droit de reproduction est déclenché. La question de savoir si le droit d'auteur subsiste sur les éléments empruntés s'apprécie non pas quantitativement, mais qualitativement.

---

[28](#) Le test pour établir l'atteinte à la propriété intellectuelle consiste à comparer les éléments formateurs de l'œuvre existante et ceux de la nouvelle création. Pour les œuvres musicales, il s'agit d'une comparaison phonétique. Une atteinte à la propriété intellectuelle est constatée lorsque certaines des caractéristiques originales de la première sont perceptibles (par les sens) dans la seconde. De légères modifications, telles que des changements de tonalité ou de vitesse, sont dénuées de pertinence. Toutefois, lorsque les modifications sont telles que les éléments originaux de la première œuvre ne sont plus perceptibles dans l'autre objet, il n'y a pas de « reproduction » au sens de l'article 2, sous a), de la directive InfoSoc (voir, en ce sens, arrêt du 9 mars 2021, VG Bild-Kunst, C-392/19, ci-après l'« arrêt VG Bild-Kunst », EU:C:2021:181, point 25).

---

[29](#) Sous réserve des exceptions et limitations dont il sera discuté à la section B des présentes conclusions.

---

[30](#) Je laisse de côté (car je ne peux pas examiner, dans un seul jeu de conclusions, chacune des questions qui peuvent potentiellement se poser) le droit de reproduction conféré aux artistes interprètes ou exécutants sur les fixations de leurs exécutions en vertu de l'article 2, sous b), de la directive InfoSoc, qui a une raison d'être différente.

---

[31](#) Voir également article 10 de la convention de Rome ; article 11 du WPPT de 1996, et article 14, paragraphe 2, de l'Accord ADPIC.

---

[32](#) Par exemple, lorsqu'une œuvre musicale est enregistrée, outre le droit d'auteur sur cette œuvre, qui bénéficie à l'auteur, l'enregistrement est protégé, en lui-même, au titre du droit voisin prévu à l'article 2, sous c), de la directive InfoSoc, qui est conféré au producteur.

---

[33](#) Voir considérant 10 de la directive InfoSoc.

---

[34](#) Sur le fait que l'« échantillonnage » est une forme d'expression artistique protégée par l'article 13 de la Charte, voir arrêt *Pelham I* (point 35). Il en va de même, par analogie, pour la réutilisation de séquences de films ou d'émissions pour créer une œuvre d'art.

---

[35](#) Sous réserve de l'exception et de la limitation dont il sera discuté à la section B des présentes conclusions.

---

[36](#) Voir Grisse, K., et Kaiser, C., « On the significance of (un)recognisability for the reproduction right in European copyright law : Pelham GmbH v Hutter (C-476/17) », *European Intellectual Property Review*, vol. 44, n° 2, 2022, p. 78 à 90, p. 82.

---

[37](#) Ce que la Cour a entendu par cette formule fait l'objet de larges débats (voir, entre autres, Grisse, K., et Kaiser, C., note en bas de page 36, op. cit., p. 82). Selon moi, par « reconnaissable », la Cour a voulu dire que l'« échantillon » est attribuable au phonogramme original, par une comparaison phonétique (voir, par analogie, la note en bas de page 28 des présentes conclusions). Les termes « à l'écoute » sont (clairement) destinés à signifier que l'« échantillon » doit être perceptible par l'homme. Ceux qui ne peuvent être détectés que par des robots et des machines ne sont pas couverts. La question difficile à trancher est celle de savoir quelles sont les *personnes dont les oreilles* sont pertinentes. Un producteur expert de hip-hop remarquera plus d'échantillons qu'un auditeur occasionnel. Pour résoudre le problème, les juridictions pourraient recourir à des fictions juridiques (semblables à celle du « consommateur moyen » en droit des marques). En fait, la juridiction de renvoi a créé, lorsqu'elle a appliqué la réponse de la Cour dans l'arrêt *Pelham I*, la fiction de l'« auditeur moyen de musique » à cette fin. Cette juridiction a considéré que l'« échantillon » en cause, bien qu'il ait été légèrement modifié, demeure « reconnaissable à l'écoute », par un tel auditeur, dans « Nur mir ».

---

[38](#) En effet, ce n'est que lorsque l'extrait de l'objet protégé prélevé a été modifié au point d'être « non reconnaissable » dans la nouvelle création que le droit de reproduction pertinent n'est pas en jeu [voir arrêt *Pelham I* (points 29 à 31)]. Voir, par analogie, note en bas de page 28 des présentes conclusions.

---

[39](#) Citation attribuée au compositeur russe I. Stravinsky.

---

[40](#) Conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Cofemel (C-683/17, EU:C:2019:363, point 55).

---

[41](#) Voir point 66 des présentes conclusions.

---

[42](#) Cependant, elle ne se limite pas à ce domaine. Pour ne citer que quelques exemples dans le domaine des arts visuels, des tableaux tels que le *Déjeuner sur l'herbe* de Monnet ou le *Tondeur de moutons (d'après Millet)* de van Gogh sont composés de matériel recyclé, réinterprété de manière créative. Le mouvement de l'« *appropriation art* » (l'art par appropriation), né au 20<sup>e</sup> siècle, et y compris Dada, le pop art, l'art conceptuel (etc.), par des artistes tels que Bouchet, Warhol ou Koons, ont également donné lieu à des exemples (assez extrêmes) à cet égard [voir Williams, T., « Appropriation in art », dans Marter, J. (éd), *The Grove Encyclopedia of American Art*, Oxford University Press, Oxford, 2011].

---

[43](#) Par exemple, les trois concertos pour orgues de Bach, BWV 593, 594 et 596, sont dérivés du *Concerto pour 2 violons et basse continue*, Op. 3 n° 8 de Vivaldi (RV 522), du *Concerto pour violon et basse continue*, Op. 7 n° 5 de Vivaldi (RV 208), et de son *Concerto pour 2 violons et violoncelle*, Op. 3 n° 11 (RV 565). Les *douze Variations sur « Je suis Lindor » en mi bémol majeur*, K. 354/299a de Mozart, sont construites sur un célèbre aria du *Barbier de Séville* de Baudron.

---

[44](#) Par exemple, dans la bande originale qu'il a composée pour le film de 1944 *Passage pour Marseille*, Steiner a réutilisé plusieurs mesures de l'hymne français « La Marseillaise ». La *Sonate n° 2 pour piano, Concord, Mass* d'Ives reprend de manière récurrente le motif d'ouverture à quatre notes de la *Symphonie n° 5, Op. 67*, de Beethoven.

---

[45](#) L'« échantillonnage » est une question complexe à apprécier de manière abstraite. Les « échantillons sonores » peuvent prendre de nombreuses formes (longs, courts, distinctifs, non distinctifs). Ils peuvent être joués une seule fois ou en boucle. Parfois, ils sont reproduits fidèlement, d'autres fois, ils sont modifiés et adaptés. En outre, l'« échantillonnage » n'est pas limité à un seul genre musical. Il est certainement associé au hip-hop, en partie pour des raisons historiques. Lors de son émergence en tant que genre dans les années 70 dans le Bronx (New York, États-Unis d'Amérique), les DJ passaient en boucle, à l'aide de deux copies du même disque, joués sur deux platines, certaines parties d'une chanson pour créer un « beat » continu sur lequel les Maîtres de Cérémonies (MC) pouvaient rapper. Plus tard, les échantillonneurs numériques ont permis aux producteurs de hip-hop de parcourir les phonogrammes d'hier pour créer un tel « beat » en copiant des extraits (voir Katz, M., « Capturing sound : how technology has changed music », *University of California Press*, édition révisée, 2010, p. 124 à 176).

---

[46](#) La notion d'« intertextualité », initialement développé dans la théorie littéraire, mais étendue à d'autres domaines des arts, est l'idée qu'aucune œuvre ne peut exister comme un tout autosuffisant, étant donné que i) toute œuvre est imprégnée de références, de citations et d'influences extérieures, et ii) la réception de cette œuvre est toujours éclairée par toutes les autres œuvres que le spectateur, l'auditeur ou le lecteur lui apporte.

---

[47](#) Voir, en outre, Olufunmilayo, A. B., « From J.C. Bach to hip hop – musical borrowing, copyright and cultural context », *North Carolina Law Review*, vol. 84, 2006, p. 547 à 645 ; Boyle, J., Ap Siôn, P., et Redhead, M., « Musical Borrowing and Quotation in the Twentieth and Twenty first Centuries », *Contemporary Music Review*, vol. 33, n° 2, p. 125 à 127 ; et Myung-Ji Lee, B., *The art of borrowing – quotations and allusions in western music*, 2016.

---

[48](#) Le terme « remixing » (remixage) désigne le processus consistant à combiner des éléments d'un contenu existant de nouvelles manières, et les remixes sont le résultat de ce processus (voir Chandler, D., et Munday, R., *A Dictionary of Social Media*, Oxford University Press, Oxford, 2016 ; entrée : « remixing »).

---

[49](#) Le terme « mashup » désigne, d'une manière générale, le processus de création de quelque chose de nouveau en combinant des contenus provenant de multiples sources existantes, ainsi que tout produit issu d'un tel processus (voir Chandler, D., et Munday, R., note en bas de page 48, op. cit. ; entrée : « mashup »).

---

[50](#) Un « mème » consiste en une image unique, parfois (mais pas toujours) tirée d'un film ou d'une émission célèbre, accompagnée d'un sous-titre humoristique, qui est très largement partagée en ligne [voir Chandler, D., et Munday, R., note en bas de page 48, op. cit. ; entrée : « meme (internet meme) »].

---

[51](#) Les GIF sont composés de quelques images de contenu audiovisuel, représentant quelqu'un ou quelque chose, et sont couramment utilisés, sur les médias sociaux, pour exprimer une réaction à un message ou un commentaire (etc.) (voir <https://www.merriam-webster.com/dictionary/reaction%20GIF>).

---

[52](#) Par exemple, il n'existait, de manière générale, pas de droit d'auteur sur les œuvres musicales avant le 18<sup>e</sup> siècle. Le droit voisin des producteurs de phonogrammes n'a été créé que dans les années 1960, et ceux sur la fixation de films et d'émissions dans les années 1990 (voir Hugenholtz, P. B., « Neighbouring rights are obsolete », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, n° 8, 2019, p. 1006 à 1011). En outre, la portée et la durée de ces différents droits ont été progressivement étendues.

---

[53](#) Voir United States District Court for the Southern District of New York (tribunal fédéral de district du district sud de New York, États-Unis), 17 décembre 1991, *Grand Upright Music v. Warner Bros Records, Inc.*, 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991).

---

[54](#) Une charge supplémentaire est créée par les « droits moraux » réservés aux auteurs sur leurs œuvres. À cet égard, l'article 6bis de la Convention de Berne accorde à l'auteur, premièrement, le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre (« droit à l'attribution [de la qualité

d'auteur] »). Cela implique généralement l'obligation d'indiquer le nom de l'auteur lorsqu'une œuvre est reproduite dans une nouvelle création. Deuxièmement, et de manière plus problématique, l'article 6bis accorde à l'auteur le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, qui seraient « préjudiciables à son honneur ou à sa réputation » (« droit à l'intégrité »). Le droit de certains États membres, comme le droit d'auteur français, vont plus loin en tant qu'ils confèrent à l'auteur le droit d'interdire *toute modification matérielle* de son œuvre, même lorsqu'elle ne serait pas à ce point « préjudiciable ». Il s'agit, évidemment, d'un obstacle de taille à la réutilisation créative d'œuvres existantes.

---

[55](#) Voir, en ce sens, article 17, paragraphe 4, de la directive CDSM. Pour une explication complète du système des obligations de filtrage qui y sont prévues, voir conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard Øe dans l'affaire Pologne/Parlement et Conseil (C-401/19, EU:C:2021:613, points 48 à 69).

---

[56](#) Voir, entre autres, Cabay, J., et Lambrecht, M., « Remix prohibited – how rigid EU copyright laws inhibit creativity », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 10, n° 5, 2015, p. 359 à 377 ; Senftleben, M., « Flexibility grave – partial reproduction focus and closed system fetishism in CJEU, Pelham », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 751 à 769 ; et Westkamp, G., « Two constitutional cultures, technological enforcement and user creativity – the impending collapse of the EU copyright regime ? », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 53, 2022, p. 62 à 93.

---

[57](#) En effet, hormis l'exception prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive InfoSoc (non pertinente aux fins de la présente discussion), les États membres sont, en principe, libres de transposer les autres exceptions et limitations dans leur droit national (voir, toutefois, point 105 des présentes conclusions).

---

[58](#) Voir considérants 3 et 31 de la directive InfoSoc.

---

[59](#) Voir considérant 32 de la directive InfoSoc.

---

[60](#) Voir arrêt *Pelham I* (points 63 à 65) et points 12 à 15 des présentes conclusions. Des dispositions similaires existaient dans le droit de plusieurs États membres (voir Hui, A., et Döhl, F., « Collateral damage : reuse in the arts and the new role of quotation provisions in countries with free use provisions after the ECJ's Pelham, Funke Medien and Spiegel Online judgments », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 52, n° 7, p. 852 à 892.

---

[61](#) Arrêt du 29 juillet 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, ci-après l'« arrêt Funke Medien », EU:C:2019:623, points 55 à 64).

---

[62](#) Arrêt du 29 juillet 2019, Spiegel Online (C-516/17, ci-après l'« arrêt Spiegel Online », EU:C:2019:625, points 40 à 49).

---

[63](#) Arrêt du 3 septembre 2014, Deckmyn et Vrijheidsfonds (C-201/13, ci-après l'« arrêt Deckmyn », EU:C:2014:2132, point 20).

---

[64](#) Voir, en ce qui concerne la France, point 52 des présentes conclusions. Voir, pour une approche comparative des droits des États membres, Mezei, P., Jütte, B. J., Sganga, C., et Pascault, L., « Oops, I sampled again ... the meaning of “pastiche” as an autonomous concept under EU copyright law », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 55, 2024, p. 1225 à 1256.

---

[65](#) En revanche, les « parodies » et les « caricatures » étaient autorisées en vertu de la clause de « libre utilisation » prévue à l'article 24, paragraphe 1, de l'UrhG (voir Stieper, M., « Es ist nicht alles Kunst, was glänzt – Versuch einer Eingrenzung des Pastichebegriffs in § 51a UrhG », *GRUR*, 2023, p. 1660 à 1665).

---

[66](#) Pour les utilisations en dehors de ces services, l'exception de « pastiche » demeure facultative en vertu de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc (voir, toutefois, point 105 des présentes conclusions).

---

[67](#) Le législateur allemand a abrogé, dans le même mouvement, la clause de « libre utilisation » prévue à l'article 24, paragraphe 1, de cette loi (en réaction à l'arrêt Pelham I) (voir point 15 des présentes conclusions).

---

[68](#) En effet, l'article 51a n'est pas limité aux utilisations couvertes par l'article 17 de la directive CDSM.

---

[69](#) Voir Deutscher Bundestag Drucksache 19/27426, 19. Wahlperiode 09.03.2021, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes. Une interprétation similaire de l'exception de « pastiche » a apparemment été reprise par les législateurs autrichien, espagnol et hongrois (voir, pour une analyse comparative, Mezei, P., Jütte, B. J., Sganga, C., et Pascault, L., note en bas de page 64, op. cit.).

---

[70](#) Voir point 16 des présentes conclusions.

---

[71](#) Voir, par analogie, en ce qui concerne la « parodie », arrêt Deckmyn (points 14 et 15). Cette interprétation n'est pas remise en cause par le caractère facultatif de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc. Tandis que les États membres sont, en principe, libres de transposer l'exception pertinente, ils ne sont pas libres d'en déterminer le champ d'application d'une manière non harmonisée (Ibid., point 16).

---

[72](#) Voir, notamment, arrêt Deckmyn (point 19 et jurisprudence citée).

---

[73](#) Voir, dans le même sens, Pollaud-Dulian, F., « Le pastiche en quête de sens », *Recueil Dalloz*, vol. 23, 2024 p. 1138 ; et Spina Ali, G., « Is EU copyright law an obstacle to internet memes ? », *European Intellectual Property Review*, vol. 45, n° 12, 2023, p. 714 à 724, spécialement p. 721.

---

[74](#) Comme l'explique Pelham e.a., le fait que « Nur mir » appartienne à un genre musical différent de celui de « Metall auf Metall » a été considéré comme une « confrontation » suffisante par l'Oberlandesgericht Hamburg (tribunal régional supérieur).

---

[75](#) Une telle « interaction » est, en revanche, requise au titre de l'exception de « citation » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive InfoSoc (voir point 88 des présentes conclusions).

---

[76](#) C'est, du moins, ce que j'ai pu déduire des explications fournies par Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission en ce qui concerne la signification de la « confrontation artistique », qui étaient remarquablement vagues. Voir, pour la même définition, Hudson, E., « The pastiche exception in copyright law – a case of mashed-up drafting? », *Intellectual Property Quarterly*, n° 4, 2017, p. 346 à 368; Kreutzer, T., *The pastiche in copyright law*, Gesellschaft für Freiheitsrechte, 2022, p. 14 à 22 ; *Opinion on CG and YN v Pelham GmbH and Others, Case C-590/23 (Pelham II)*, European Copyright Society, 6 novembre 2024.

---

[77](#) Voir, dans le même sens, Commission européenne, Réforme du droit d'auteur : Questions et réponses, dernière mise à jour le 22 février 2022 (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/faqs/copyright-reform-questions-and-answers>) Q[uestion] « La directive sur le droit d'auteur empêche-t-elle les utilisateurs de s'exprimer sur Internet de la même manière qu'aujourd'hui ? Les mèmes et les GIF sont-ils interdits ? » R[éponse] « Non. Au contraire, le téléchargement de mèmes et d'autres contenus générés par les utilisateurs à des fins de citation, de critique, de critique, de caricature, de parodie et de *pastiche (comme les GIF ou similaires)* est spécifiquement autorisé. [...] » (mise en italique par mes soins).

---

[78](#) Voir, en outre, section C des présentes conclusions.

---

[79](#) Voir, contenant exclusivement, ou du moins en tant qu'entrée principale, cette définition, en anglais : *the Collins English Dictionary*; *the Oxford Dictionary of English*; *the Merriam-Webster English Dictionary*; *the Shorter Oxford English Dictionary*; en espagnol : Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*; en allemand : *Duden* ; *Brockhaus*; en français : *Le Littré*; *Dictionnaire de l'Académie française*; *Le Petit Robert, Larousse*; *Le Robert*. Voir, pour des études d'experts en art, Hoesterey, I., *Pastiche – cultural memory in art, film, literature*, Indiana University Press, 2001, p. 1 à 10 ; Dyer, R., *Pastiche*, Routledge, 2007, p. 28 à 40. Voir, pour des auteurs de doctrine, Döhl, F., « Pastiche zwischen Generalklausel und Auffangtatbestand », *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, n° 4, 2020, p. 380 à 442.

---

[80](#) Voir Hoesterey, I., note en bas de page 79, op. cit., p. 1 à 4.

---

[81](#) Ibid.

---

[82](#) Par exemple, dans son roman de 1919 *Pastiches et Mélanges*, Proust raconte un délit mineur dans le style de neuf auteurs, dont Balzac et Flaubert. L'humour réside dans le « décalage » consistant à avoir une telle anecdote racontée avec les termes solennels de ces auteurs (voir Hoesterey, I., note en bas de page 79, op. cit., p. 1, 4 à 7, et 80 à 94).

---

[83](#) Vivant, M., et Bruguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2015, p. 415 et 416.

---

[84](#) Voir conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Pelham I (note en bas de page 30).

---

[85](#) Le « pastiche » lui-même attire l'attention sur le fait qu'il contient du matériel imitatif. Reconnaître que le « pastiche » se réfère à quelque chose qui le précède est essentiel de son identité (voir Dyer, R., note en bas de page 79, op. cit.).

---

[86](#) Parfois, composer une œuvre dans le style d'une autre œuvre, à succès, cache une intention moins glorieuse : celle de s'attirer une partie de ce succès.

---

[87](#) Voir Hoesterey, I., note en bas de page 79, op. cit., p. 8 et 9 ; Jacques, S., *The parody exception in copyright law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 10 ; et Döhl, F., note en bas de page 79, op. cit., p. 440 à 443.

---

[88](#) Voir Bell, C., *Premonitions of the past – an analysis of pastiche in the films of Quentin Tarantino*, Digitized Theses, 2011. Par exemple, le film de 1997 *Jackie Brown* de

Tarantino est un « pastiche » des films de « blaxploitation » dirigés par des femmes des années 1970, tels que *Foxy Brown*. Voir, pour d'autres exemples de « pastiches » au cinéma, Hoesterey, I., note en bas de page 79, op. cit., p. 47 à 52 ; Dyer, R., note en bas de page 79, op. cit. ; et « pastiche » dans Kuhn, A., et Westwell, G., *A Dictionary of Film Studies*, 2<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, Oxford, 2020.

---

[89](#) Voir DJ Louie XIV, « Pharrell, Bruno Mars and the age of pastiche pop – are chart-topping retro-style hits honoring the past or simply retreading it ? », *Medium*, 4 mai 2015 (<https://medium.com/cuepoint/pharrell-bruno-mars-and-the-age-of-pastiche-pop-cdeaf98aff54>). Un exemple tiré de la musique classique serait celui de Liszt « pastichant » Bach dans les *Variationen über das Motiv von Bach*, S.180.

---

[90](#) *Blade Runner* mélange, d'une part, l'architecture, l'esthétique, la réalisation (mise en scène) et les thèmes futuristes du film de science-fiction avant-gardiste *Metropolis*, sorti en 1927, de Fritz Lang et, d'autre part, les tropes du « genre » du *film noir*, greffant tous ces éléments sur un paysage urbain post-apocalyptique de Los Angeles (voir Kuhn, A., et Westwell, G., note en bas de page 88, op. cit.). *Bohemian Rhapsody* mélange des tropes, des motifs, des structures et des harmonies de styles allant de la musique classique à l'opéra et au métal.

---

[91](#) Voir, contenant une telle conception comme alternative, deuxième entrée, the *Collins English Dictionary*; the *Oxford Dictionary of English*; the *Merriam-Webster English Dictionary*; the *Shorter Oxford English Dictionary*; en français : *Le Littré*, *Le Petit Robert*. Voir, également, Hoesterey, I., note en bas de page 79, op. cit., p. 10 à 16 ; Dyer, R., note en bas de page 79, op. cit., p. 9 à 21 ; et Ortland, E., « Pastiche im europäischen Sprachgebrauch und im Urheberrecht », *Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, vol. 14, n° 1, 2022, p. 3, 17 à 19.

---

[92](#) Le terme « cento » se réfère à des poèmes de l'antiquité grecque, composés de vers individuels repris de poètes célèbres tels qu'Homère et Virgile (voir Hoesterey, I., note en bas de page 79, op. cit., p. 9, 11 et 80). Le « collage » est, dans les arts visuels, un procédé développé à la suite des *papiers collés* de Braque et de Picasso vers 1910, par lequel des éléments visuels (coupures de journaux, papiers de paquets de cigarettes, etc.) étaient collés dans des compositions cubistes (Ibid., p. 11). Le terme « found footage » désigne un film consistant en une recombinaison de séquences de films préexistantes que s'approprie le cinéaste, tel que le film *La Classe américaine* de Michel Hazanavicius et Dominique Mézerette (voir « found footage » dans Kuhn, A., et Westwell, G., note en bas de page 88, op. cit.).

---

[93](#) Voir « Pastiche » et « Pasticcio » dans Kennedy, J., Kennedy, M., et Rutherford-Johnson, T., *The Oxford Dictionary of Music*, 6<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, Oxford, 2012.

---

[94](#) Voir, dans le même sens, Döhl, F., note en bas de page 79, op. cit., p. 390, 425 et 426, et 429 à 436.

---

[95](#) Il est, en effet, difficile de croire que le législateur de l'Union ait pu avoir à l'esprit le genre qu'est l'« opéra *pasticcio* » du 18<sup>e</sup> siècle lorsqu'il a rédigé la directive InfoSoc (Ibid., p. 418).

---

[96](#) Une analyse comparative des versions linguistiques de la directive InfoSoc n'apporte pas non plus de clarté, étant donné que i) la grande majorité de ces versions utilisent soit le terme français « pastiche » (DA, DE, EN, ES, FR, IT, NL, PT), soit un terme étranger presque identique (ET « *pastišis* » ; FI « *pastississa* » ; HR « *pastiša* » ; LT « *pastišui* » ; MT « *pasticc* » ; PL « *pastiszu* » ; RO « *pastişelor* » ; SL « *pastiša* » ; SV « *pastischsyfte* ») et ii) les quelques versions linguistiques divergentes donnent des indications contradictoires étant donné que certaines utilisant des termes qui peuvent être traduits par « imitation » (BG « *имитация* » ; EL « *μίμηση* » ; HU « *utánzat* ») ou même « imitation stylistique » (LV « *stilizācijās* »), tandis que d'autres utilisent des termes évoquant plutôt un « patchwork » de parties tirées d'œuvres antérieures (CS, SK : « *koláže* »).

---

[97](#) Certes, l'article 5, paragraphe 3, sous k), trouve son origine dans une proposition de la délégation française au Conseil de l'Union, manifestement inspirée par le droit français [voir Communication de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (SEC/2000/1734 final, section 3.2.4)]. Néanmoins, l'origine d'une disposition du droit de l'Union ne saurait, en soi, dicter son interprétation. Une fois intégré dans un instrument du droit de l'Union, le terme « pastiche » est devenu une notion autonome, et la Cour ne devrait pas tirer sa définition d'une tradition nationale.

---

[98](#) Il est évident que les notions de « parodie » et de « pastiche » peuvent se recouper. Comme indiqué ci-dessus, certains « pastiches », ainsi définis, peuvent avoir un but humoristique ou critique.

---

[99](#) Voir, entre autres, arrêt Deckmyn (point 21). Toutefois, dans la pratique, un « pastiche » sera généralement « original », car ce seuil est bas. Je tiens également à souligner que, comme c'est généralement le cas de la législation relative au droit d'auteur (voir note en bas de page 19 des présentes conclusions), la *valeur artistique* du « pastiche » (qu'il soit bon ou mauvais) est manifestement dénuée de pertinence aux fins de l'application de l'exception correspondante.

---

[100](#) Voir, notamment, arrêt Deckmyn (point 23 et jurisprudence citée).

---

[101](#) Seule l'expression concrète de ce « style » dans une œuvre donnée est ainsi protégée.

---

[102](#) Voir, sur la dichotomie idée/expression et la distinction entre les éléments banals et les éléments « originaux », point 26 des présentes conclusions.

---

[103](#) Voir affaires Andersen v Stability AI, et Getty Images v Stability AI, actuellement pendantes devant la High Court (Haute Cour de justice, Royaume-Uni).

---

[104](#) Entre autres, en 2018, le successeur en droit du coauteur de la chanson « Let's Get It on » de Marvin Gaye de 1973 a poursuivi Ed Sheeran pour avoir « volé » la combinaison de la progression des accords et du rythme harmonique de cette chanson dans sa propre chanson « Thinking Out Loud ». Dans les deux affaires, les actions pour atteinte à la propriété intellectuelle ont finalement été rejetées, au motif que les éléments empruntés étaient trop banals pour justifier la protection au titre du droit d'auteur [voir United States Court of Appeals For the Second Circuit (cour d'appel du second circuit), 1<sup>er</sup> novembre 2024, Structured Asset Sales, LLC v. Sheeran, No. 23-905 (2d Cir. 2024)]. Néanmoins, de tels procès créent une insécurité juridique pour les musiciens qui souhaitent imiter des styles distinctifs. Dans l'Union, l'exception de « pastiche », telle que définie ci-dessus, renforcerait la position juridique des créateurs à cet égard.

---

[105](#) Voir Döhl, F., note en bas de page 79, op. cit., p. 427 à 429. Par exemple, en 2013, la succession de Marvin Gaye et son producteur de musique ont accusé Pharrell Williams et Robin Thicke d'avoir « volé », dans leur chanson « Blurred lines », « des phrases, des accroches (« hooks »), des mélodies de basse, [et] le figuralisme (« word painting ») qui sont la signature » de la chanson de Gaye « Got to give it up ». Les juridictions américaines saisies ont jugé que « Blurred lines » portait atteinte à « Got to give it up » étant donné que la combinaison des éléments stylistiques empruntés était « originale » [voir United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 21 mars 2018, *Williams v. Gaye*, 895 F.3d 1106 (9th Cir. 2018)]. Dans l'Union, l'exception de « pastiche » aurait pu éviter ce résultat, étant donné que « Blurred lines » aurait pu être considéré comme un « pastiche » de « Got to give it up ».

---

[106](#) Sous réserve du respect du test en trois étapes prévu à l'article 5, paragraphe 5, de la directive InfoSoc. À cet égard, ce test pourrait être crucial, en particulier, pour évaluer la licéité de certaines œuvres d'art imitatives générées par l'IA grâce à la numérisation d'œuvres et d'autres objets protégé(e)s.

---

[107](#) Voir, par analogie, en ce qui concerne l'exception de « citation » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive InfoSoc, arrêt Pelham I (point 68).

---

[108](#) Par analogie, *Nach Bach* de Rochberg imite le style baroque, non seulement, par

l'adoption de certaines formes distinctives, mais aussi par la reproduction directe de certaines parties « originales » d'œuvres de Bach (voir Myung-Ji Lee, B., note en bas de page 47, op. cit., p. 56).

---

[109](#) Voir Döhl, F., note en bas de page 79, op. cit., p. 424 et 425.

---

[110](#) Cela rendrait également redondante l'exception de « citation » prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive InfoSoc, étant donné que tout contenu qui réutilise du matériel de tiers, y compris sous forme de « citation », pourrait être considéré comme un « pastiche ».

---

[111](#) Je note que certains tribunaux et commentateurs universitaires allemands, tout en reprenant à leur compte la définition du « pastiche » donnée par Pelham e.a., le gouvernement allemand et la Commission, en limitent la portée en interprétant l'exigence de « confrontation artistique » comme impliquant que le « pastiche » doit être « antithématique », c'est-à-dire critique à l'égard du matériel source [voir, par exemple, Landgericht Berlin (tribunal régional, Berlin, Allemagne), 2 novembre 2021, *The Unknowable*, ECLI:DE/LGBE:2021:1102:15O551.19.00] ou, à tout le moins, « interagir » avec ce matériel (voir Stieper, M., note en bas de page 65, op. cit., p. 1662). Cette interprétation alternative de la « confrontation artistique » est également prônée par CG, apparemment à titre subsidiaire. Selon cette interprétation, l'exception de « pastiche » couvrirait un sous-ensemble plus étroit de réutilisations créatives, excluant de nombreux CGU et la plupart des cas d'« échantillonnage », lorsqu'un tel dialogue ou une telle confrontation antithématique ne peut être identifié. Toutefois, je ne vois pas l'utilité de cette interprétation. L'exigence d'une utilisation « antithématique » confond « parodie » et « pastiche » (voir point 93 des présentes conclusions). L'exigence d'un « dialogue », à son tour, confond « pastiche » et « citation » (voir point 88 des présentes conclusions).

---

[112](#) La clause d'« utilisation raisonnable » (« *fair use* »), énoncée à l'article 107 du Copyright Law of the United States (loi américaine sur le droit d'auteur), en tant qu'exception au droit d'auteur, permet librement toute utilisation de matériel protégé considérée comme « raisonnable » à la lumière de facteurs tels que « le but et la nature de l'utilisation, y compris la question de savoir si une telle utilisation est de nature commerciale ou à des fins éducatives non lucratives », « la nature de l'œuvre protégée par le droit d'auteur », « la quantité et le caractère substantiel de la partie utilisée par rapport à l'œuvre protégée par le droit d'auteur dans son ensemble » et « l'effet de l'utilisation sur le marché potentiel pour l'œuvre protégée par le droit d'auteur ou la valeur de celle-ci ».

---

[113](#) Il est intéressant de noter que, dans le système actuellement établi à l'article 5 de la directive InfoSoc, le test en trois étapes énoncé au paragraphe 5 n'est pas conçu pour être le

seul paramètre pour l'octroi d'une exception. En effet, ce test a pour fonction de *restreindre davantage* le champ d'application des exceptions et limitations (déjà étroites et peu nombreuses) énumérées à l'article 5, paragraphes 1 à 4, de cette directive. Même lorsqu'une telle utilisation satisfait aux exigences de l'une de ces exceptions et limitations, cette utilisation ne peut être permise que si, en plus de ces exigences, il est satisfait au test en trois étapes.

---

[114](#) Voir considérant 70 de la directive CDSM. Voir également, par analogie, en ce qui concerne l'exception de « parodie », arrêt Deckmyn (points 25 et 26).

---

[115](#) Voir arrêts Funke Medien (point 70) et Spiegel Online (point 54).

---

[116](#) Voir, par analogie, arrêt Deckmyn (point 25).

---

[117](#) Pour le seul élément qui résulte des travaux préparatoires de la directive InfoSoc, voir note en bas de page 97 des présentes conclusions.

---

[118](#) Voir, par exemple, Gowers, A., *Gowers Review of Intellectual Property*, 2006, points 4.86 à 4.89, Recommandation 11 : « Proposer une modification de la directive 2001/29/CE en vue de permettre une exception pour les œuvres créatives, transformatives ou dérivées, dans le respect des paramètres du test en trois étapes de [la Convention de] Berne ».

---

[119](#) Voir, entre autres, Commission européenne, Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, 16 juillet 2008, COM(2008) 466, p. 19 et 20.

---

[120](#) Parlement européen, Commission des Affaires juridiques, Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information [2014/2256(INI)], point 13.

---

[121](#) Voir, entre autres, Commission européenne, Communication de la Commission –Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, 19 octobre 2009, COM(2009) 532 final, p. 9, et Parlement européen, Résolution du 9 juillet 2015 sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO 2017, C 265, p. 121), point 42.

---

[122](#) Tandis que le législateur de l'Union a, pour le reste, introduit de nouvelles exceptions visant spécifiquement d'autres utilisations en ligne (voir articles 3 à 6 de la directive CDSM). Ainsi, tandis que le législateur a considéré, dans cette directive, qu'il était « particulièrement

important aux fins d'assurer un équilibre entre, d'une part les droits fondamentaux inscrits dans la [Charte] [...] et d'autre part le droit de propriété, y compris la propriété intellectuelle », qu'une certaine réutilisation du matériel protégé dans les CGU soit permise notamment « à des fins de pastiche », il ne s'ensuit pas que *tous* les CGU doivent être considérés comme des « pastiches ».

---

[123](#) Voir arrêts Funke Medien (points 65 à 76) et Spiegel Online (points 50 à 59).

---

[124](#) Voir, en ce sens, arrêts Funke Medien (point 76) et Spiegel Online (point 59).

---

[125](#) Voir Pollaud-Dulian, F., note en bas de page 73, op. cit. A fortiori, le fait que, comme le souligne le gouvernement allemand, le considérant 31 de la directive InfoSoc indique que les exceptions et limitations prévues à l'article 5 de cet instrument « doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique », y compris les nouvelles utilisations, ne saurait justifier la dénaturation de l'exception de « pastiche » jusqu'à en faire une disposition à caractère résiduel couvrant les réutilisations créatives, y compris dans les CGU (voir Döhl, F., note en bas de page 79, op. cit., p. 417 et 418).

---

[126](#) Voir considérants 4 et 9 de la directive InfoSoc.

---

[127](#) Voir conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Pelham I (note en bas de page 30).

---

[128](#) Voir également, en ce qui concerne les œuvres, article 10, paragraphe 1, de la convention de Berne.

---

[129](#) Voir arrêt Pelham I (points 68 et 72).

---

[130](#) Voir, en ce sens, arrêt Pelham I (point 72).

---

[131](#) On imagine mal, par exemple, un musicien de jazz s'arrêter au milieu d'un refrain pour expliquer au public qu'il vient de citer « Summertime » de Gershwin.

---

[132](#) Voir conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Pelham I (point 68). Elle répond également au droit moral d'attribution conféré aux auteurs (voir note en bas de page 54 des présentes conclusions).

---

[133](#) Voir, en ce sens, arrêt Pelham I (point 71). Cela vaut sous réserve du respect du test en

trois étapes prévu à l'article 5, paragraphe 5, de la directive InfoSoc. Plus la citation est d'une ampleur importante, plus le risque que le contenu « citant » porte atteinte à l'exploitation normale de la source « citée » est élevé [voir arrêt Spiegel Online (point 79)].

---

[134](#) Arrêt Pelham I (points 71 à 73). Lorsque c'est le cas, l'exception de « citation » peut justifier la reproduction à *la fois* du phonogramme et de l'œuvre sous-jacente, en dérogation aux droits prévus respectivement à l'article 2, sous c), et à l'article 2, sous a), de la directive InfoSoc.

---

[135](#) Conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Pelham I (point 64).

---

[136](#) Voir, en ce sens, arrêt *Pelham I* (point 72). Tant que c'est le cas, il peut même y avoir, selon moi, une certaine altération du matériel source (changement de tonalité, de vitesse, etc.). Il est évident que, lorsque le matériel protégé réutilisé est altéré au point de ne pas être « reconnaissable » dans le nouveau contenu, cela ne peut être considéré comme une « citation » étant donné qu'il ne peut pas remplir sa fonction de vecteur d'« interaction » (Ibid., point 73). Toutefois, dans un tel scénario, il n'y a pas d'acte de « reproduction » au sens de l'article 2 de la directive InfoSoc et, par conséquent, aucune exception n'est nécessaire.

---

[137](#) Cela couvre, selon moi, des exemples allant de « citations » de mélodies par des musiciens de jazz dans leur improvisation, à la « Rockollection » de Laurent Voulzy (qui illustre des épisodes de sa jeunesse avec les diverses chansons qu'il écoutait à la radio à l'époque), en passant par la « citation » de chansons folkloriques par Bartok dans ses compositions (voir Myung-Ji Lee, B., note en bas de page 47, op. cit., p. 38 et 39).

---

[138](#) De nouveau, dans « *Nach Bach* » de Rochberg, il existe un contraste évident et voulu entre les œuvres de Bach qui sont « citées » (qui suivent une harmonie et une structure baroques rigoureuses) et les parties composées par Rochberg (qui sont atonales) (voir Myung-Ji Lee, B., note en bas de page 47, op. cit., p. 56).

---

[139](#) En particulier, le hip-hop du début des années 90 se caractérise par l'utilisation d'« échantillons » tirés de phonogrammes comportant des œuvres emblématiques de la musique afro-américaine, conçus comme des références reconnaissables adressées à la communauté hip-hop. Divers titres musicaux de *hip-hop* signalent même de tels « échantillons » par des bruits de grincement, des bruits secs et sifflements, attirant l'attention sur le fait qu'un vinyle « virtuel » est joué et qu'une autre chanson est donc « citée » (voir, par exemple, Williams, J. A., « Theoretical approaches to quotation in hip hop recordings », *Contemporary Music Review*, vol. 33, n° 2, 2014, p. 188 à 209, spécialement p. 193 à 196).

---

[140](#) Les mêmes ne sont couverts que si le sous-titre commente ou critique l'image empruntée ou l'utilise comme preuve à l'appui de la déclaration du créateur. Toutefois, la plupart

des mêmes s'approprient des images préexistantes pour créer un sens entièrement nouveau plutôt qu'en tant que moyen d'« interaction » avec l'œuvre source (voir Spina Ali, G., note en bas de page 73, op. cit., p. 722 à 724).

---

[141](#) Voir conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Pelham I (point 67). Le résultat apparemment paradoxal de cette interprétation est que des « échantillons » longs et reconnaissables peuvent être qualifiés de « citations » et, partant, être librement permis, alors que des échantillons courts et obscurs présentant des liens moins évidents ne pourraient pas l'être, en dépit du fait que le préjudice aux intérêts du producteur du phonogramme réutilisé semble plus probable dans le premier cas que dans le second. Toutefois, selon moi, des « échantillons » courts et obscurs ne devraient, fondamentalement, pas déclencher le droit de reproduction du producteur de phonogrammes (voir section C des présentes conclusions).

---

[142](#) Néanmoins, cette réutilisation sera toujours soumise, au cas par cas, au test en trois étapes prévu à l'article 5, paragraphe 5, de la directive InfoSoc.

---

[143](#) Étant donné que l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc a un caractère transversal et, en particulier, limite la portée de l'ensemble des différents types de droits de reproduction, l'exception de « parodie » peut justifier tant la réutilisation d'une œuvre que, par exemple, la réutilisation d'un phonogramme, d'un film ou d'émissions.

---

[144](#) Voir Spina Ali, G., note en bas de page 73, op. cit., p. 719.

---

[145](#) En effet, l'« humour » dans la musique peut ne pas toujours prendre la forme d'un ridicule traditionnel, mais peut, selon moi, parfaitement être généré, par exemple, par un choc incongru de sources, tel qu'un mashing-up mélangeant quelques chansons folkloriques avec un morceau de death metal (voir Jacques, S., « Mash-ups et mixes – what impact have the recent copyright reforms had on the legality of sampling ? », *Entertainment Law Review*, vol. 27, n° 1, 2016, p. 3 à 10, spécialement p. 6).

---

[146](#) *La classe américaine*, à laquelle il est fait référence ci-dessus, pourrait, selon moi, être qualifiée de « parodie » au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive InfoSoc.

---

[147](#) Voir, par exemple, tribunal judiciaire de Rennes (France), 10 mai 2021, n° 17/04478. Dans cette affaire, un artiste avait réalisé des peintures mettant en scène le personnage (protégé par le droit d'auteur) de Tintin dans un contexte différant à tous points de vue de son environnement « normal », au point d'en arriver à une incongruité comique (un contexte impliquant, par exemple, des rencontres de l'ordre du flirt avec des pin-ups, alors que la sexualité de Tintin est totalement absente de l'œuvre d'Hergé).

---

[148](#) C'est le cas parce que le monopole accordé aux auteurs sur leurs œuvres et aux producteurs et radiodiffuseurs sur leurs phonogrammes, films et émissions ne fait pas obstacle à la libre circulation des idées et des éléments communs, indispensable à toute création artistique future.

---

[149](#) Voir, notamment, arrêt du 26 avril 2022, Pologne/Parlement et Conseil (C-401/19, EU:C:2022:297, point 82), et, par analogie, Cour EDH, 1<sup>er</sup> septembre 2022, Safarov c. Azerbaïdjan, CE:ECHR:2022:0901JUD000088512, § 30.

---

[150](#) Voir, notamment, arrêt du 17 décembre 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (C-336/19, EU:C:2020:1031, point 64).

---

[151](#) En outre, l'« échantillon » peut également donner lieu au droit voisin de reproduction de l'interprète sur l'enregistrement, ce qui nécessite une autorisation supplémentaire.

---

[152](#) Ainsi, il peut être considérablement plus coûteux d'obtenir les droits sur un échantillon que d'acheter des peintures ou des pinceaux. Par exemple, la plupart des mêmes ne sont pas monnayés, ce qui rendrait le paiement de droits de licence pratiquement impossible.

---

[153](#) Naturellement, il existe de nombreux cas de tolérance d'expressions dérivées par les titulaires de droits. Néanmoins, ces expressions restent tributaires de leur volonté.

---

[154](#) Voir, en ce sens, arrêts Funke Medien (points 57 et 58) et Spiegel Online (points 42 et 43). Le fait que les droits exclusifs conférés aux titulaires de droits ne soient pas perpétuels contribue également à un certain équilibre entre l'ancien et le nouveau. Néanmoins, la durée des droits a été considérablement allongée au fil du temps. En ce qui concerne le droit d'auteur, il dure désormais toute la vie de l'auteur et pendant soixante-dix ans après sa mort. Pour les phonogrammes, il est de cinquante ans après la fixation (ou publication licite) [voir, respectivement, article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et article 3, paragraphe 2, de la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (version codifiée) (JO 2006, L 372, p. 12)]. Cela rend difficile pour une nouvelle création de réutiliser la culture contemporaine. Cela est particulièrement vrai s'agissant de l'« échantillonnage ».

---

[155](#) Je ne veux pas dire que la copie est *toujours* créative. Ce qui importe, toutefois, c'est qu'elle *puisse* l'être et que le système du droit d'auteur ne tienne pas pleinement compte de cet élément.

---

[156](#) Voir Pollaud-Dulian, F., « “Fait d'hiver” : la revanche des trois petits cochons sur le grand

méchant Koons », *RTD Com*, 2021, p. 818.

---

[157](#) Voir arrêt du 26 avril 2017, *Stichting Brein* (C-527/15, EU:C:2017:300, point 70).

---

[158](#) Il est même avancé l'argument selon lequel de nombreux cas de réutilisation créative *augmentent* même la valeur du matériel source. Par exemple, l'utilisation d'« échantillons » de phonogrammes et d'œuvres musicales oubliés peut raviver l'intérêt pour ces derniers et augmenter, par exemple, le nombre de flux (« *streams* ») licites de ces œuvres sur des plateformes telles que Spotify (voir, à titre de preuve de ce qui précède, Schuster, W. M., « Fair use, girl talk, and digital sampling – an empirical study of music sampling's effect on the market for copyrighted works », *Oklahoma Law Review*, vol. 67, n° 3, 2015).

---

[159](#) Pour être exact, ces considérations sont prises en compte, mais uniquement *dans le cadre d'une exception ou d'une limitation donnée*. Lorsqu'une utilisation est couverte par une telle exception ou limitation, le test en trois étapes prévu à l'article 5, paragraphe 5, de la directive InfoSoc s'applique, et la question de savoir si l'utilisation « port[e] atteinte à l'exploitation normale » de l'œuvre ou de l'objet source du droit d'auteur est prise en compte. Toutefois, elle n'est pas évaluée au-delà de ce scénario. L'absence de préjudice économique ne peut donc pas justifier l'octroi d'une dérogation lorsqu'aucune exception ou limitation ne trouve à s'appliquer.

---

[160](#) Voir, notamment, arrêt du 17 décembre 2015, *Neptune Distribution* (C-157/14, EU:C:2015:823, point 76 ainsi que jurisprudence citée). Voir, également, par analogie, Cour EDH, 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 40).

---

[161](#) Conclusions dans les affaires jointes (C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:572, point 248).

---

[162](#) Cela est distinct de la question de savoir si le législateur a violé le « contenu essentiel » d'un droit fondamental. Le respect de ce « contenu essentiel » et la proportionnalité sensu stricto sont deux exigences distinctes, et doivent être traitées comme telles.

---

[163](#) Voir article 5 de la Grundgesetz (Loi fondamentale), qui garantit la liberté des arts.

---

[164](#) Voir point 12 des présentes conclusions.

---

[165](#) Voir Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside*, CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, § 49 ; Garben, S., « Fundamental rights in EU copyright harmonization – balancing without a solid framework – Funke Medien, Pelham, Spiegel Online », *Common Market Law Review*,

vol. 57, n° 6, 2020, p. 1909 à 1932, spécialement p. 1929 et 1930.

---

[166](#) Voir, par analogie, arrêt du 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission (C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461, point 355, et jurisprudence citée).

---

[167](#) Voir, par analogie, arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 104 à 107, et jurisprudence citée).

---

[168](#) Par exemple, à l'époque où la Convention de Rome a été adoptée (1961), la production de disques impliquait généralement des investissements importants (liés aux coûts des studios d'enregistrement, des techniciens, de la mastérisation (« *mastering* »), de la fabrication et de la distribution des disques), et ce sont ces coûts qui ont justifié le droit voisin conféré aux producteurs de phonogrammes (voir OMPI, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, 1981, p. 11). Certains commentateurs se demandent si cette raison d'être est toujours valable puisque, de nos jours, par exemple, les coûts d'enregistrement, de production et de distribution des phonogrammes ne représentent qu'une fraction de ce qu'ils étaient auparavant (voir Hugenholtz, P. B., « Neighbouring rights are obsolete », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, n° 8, 2019, p. 1006 à 1011).

---

[169](#) Voir considérant 10 de la directive InfoSoc. Il ressort de la genèse de la Convention de Rome que le droit voisin conféré aux producteurs de phonogrammes, en particulier, était une réponse à l'augmentation du « piratage » de masse des disques se produisant dans les années 1960 avec la disponibilité croissante pour le public de machines d'enregistrement bon marché et faciles à utiliser (voir OMPI, *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, 1981, p. 11). Ce droit visait à empêcher l'entrée sur le marché de copies serviles de disques, car ces copies se substitueraient aux originaux, empêchant les producteurs d'amortir leur investissement, et éradiqueraient leur motivation à continuer d'investir dans les phonogrammes (voir Hugenholtz, P. B., note en bas de page 168, op. cit., p. 1006 à 1011) ; Westkamp, G., note en bas de page 56, op. cit. ; Grisse, K., et Kaiser, C., note en bas de page 36, op. cit., p. 79 et 80 ; BVerfG, décision mentionnée au point 12 des présentes conclusions, point 104).

---

[170](#) Voir arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 107 et 108).

---

[171](#) De manière similaire, la Cour a jugé, en ce qui concerne le droit sui generis accordé au fabricant d'une base de données sur celle-ci [voir article 7 de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JO 1996, L 77, p. 20)], que les actes d'extraction et de réutilisation d'une base de données relèvent du droit exclusif uniquement « pour autant que ces actes [...] constituent un

risque pour les possibilités d'amortissement de cet investissement par l'exploitation normale de la base de données en question » (arrêt du 3 juin 2021, CV-Online Latvia, C-762/19, EU:C:2021:434, point 47), typiquement parce que de tels actes seraient proches de la création d'un produit de substitution, redirigeant des revenus qui devraient aller au fabricant de la base de données (Ibid., point 40).

---

[172](#) L'extension des droits voisins à de tels extraits implique, en effet, que les titulaires de droits jouissent d'un droit plus large que les auteurs sur leurs œuvres. Les producteurs peuvent effectivement empêcher que tout « échantillon » reconnaissable soit extrait de leurs phonogrammes, alors que l'auteur de l'œuvre sous-jacente devrait démontrer que l'« échantillon » en question comporte une partie « originale » de cette œuvre. Ce ne serait souvent pas le cas des « échantillons » courts ou non distinctifs qui peuvent comporter des éléments communs et/ou être trop brefs pour porter l'« originalité » de l'œuvre. La raison pour laquelle un « simple » acte de fixation devrait se voir accorder une meilleure protection que la créativité n'apparaît pas non plus clairement à la lumière des justifications respectives de ces deux ensembles de droits de propriété intellectuelle.

---

[173](#) Voir Senftleben, M., note en bas de page 56, op. cit., p. 757 et 758 ; Arora, Y., « Music sampling and copyright – are the courts hung up on restricting creativity ? », *Trinity College Law Review*, vol. 25, 2022, p. 168 à 190 ; Westkamp, G., note en bas de page 56, op. cit. ; et Kraetzig, V., « Pastiche als Fair Use ? », *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2024, p. 1 à 9.

---

[174](#) Voir Katz, M., note en bas de page 45, op. cit. ; Arora, Y., note en bas de page 173, op. cit., p. 172 à 174 ; Bently, L., et Sherman, B., « Culture of copying – digital sampling and copyright law », *Entertainment Law Review*, vol. 3, n° 5, 1992, p. 158 à 163, spécialement p. 160.

---

[175](#) Voir Döhl, F., note en bas de page 79, op. cit., p. 422, et Arora, Y., note en bas de page 173, op. cit., p. 184.

---

[176](#) Voir, pour le même commentaire, Grisse, K., et Kaiser, C., note en bas de page 36, op. cit., p. 80 ; Garben, S., note en bas de page 165, op. cit., p. 1911, 1912, 1927 à 1929 ; et Westkamp, G., note en bas de page 56, op. cit.

---

[177](#) Voir arrêt Pelham I (points 36 à 38).

---

[178](#) En effet, selon moi, ni le libellé de l'article 2, sous c), de la directive InfoSoc ni le système prévu par cette directive n'obligent la Cour à interpréter les termes « en partie » au sens de cette disposition de manière littérale, comme incluant tout extrait d'un phonogramme

[arrêt Pelham I (points 29 et 30)]. En effet, la Cour a rejeté une telle interprétation littérale et a plutôt adopté une interprétation téléologique en ce qui concerne le droit de reproduction conféré aux auteurs sur leurs œuvres. Dans cette affaire, la Cour a interprété les termes « reproduction en partie » au sens de l'article 2, sous a), de la directive InfoSoc comme ne couvrant pas tout extrait d'une œuvre, mais seulement ceux qui partagent l'« originalité » de l'ensemble.

---

[179](#) Comme il l'a fait, par exemple, à l'article 15, paragraphe 1, de la directive CDSM, en ce qui concerne le droit voisin conféré aux éditeurs de publications de presse pour l'utilisation en ligne de leurs publications de presse par des fournisseurs de services de la société de l'information.

---

[180](#) Les droits moraux accordés aux auteurs en vertu du droit international et du droit national reflètent cela (voir note en bas de page 54 des présentes conclusions).

---

[181](#) En effet, outre les droits voisins des producteurs et des radiodiffuseurs, de nombreux mêmes, GIF, mashups, « échantillons » (etc.) porteront atteinte au droit d'auteur parce qu'ils contiendront des parties « originales » d'œuvres.

---

[182](#) Néanmoins, on ne peut exclure qu'il puisse exister des circonstances exceptionnelles (non envisagées par le législateur) dans lesquelles le droit d'auteur pourrait constituer une limitation manifestement disproportionnée à la liberté d'expression, ce qui pourrait justifier qu'un juge autorise librement une utilisation fondée sur cette liberté (voir, en ce sens, conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Pelham e.a., point 98).

---

[183](#) Voir considérants 9 à 11 et 14 de la directive InfoSoc.

---

[184](#) Telle que la « compensation équitable » accordée en cas de copies privées [voir article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive InfoSoc]. En outre, en ce qui concerne la réutilisation d'œuvres, le droit moral d'intégrité de l'auteur, tel que conçu par la Convention de Berne, serait respecté si l'auteur pouvait empêcher uniquement les réutilisations qui seraient préjudiciables à son honneur ou à sa réputation. Le droit d'attribution serait respecté en obligeant les créateurs de demain à indiquer leurs sources, ce qui semble tout à fait raisonnable.

---

[185](#) Voir Geiger, C., « Freedom of artistic creativity and copyright law – a compatible combination ? », *UC Irvine Law Review*, vol. 8, n° 3, 2018, p. 413 à 458 ; McDonagh, L. T., « Is the creative use of musical works without licence acceptable under copyright law », *International Review of Intellectual property and Competition Law*, vol. 43, n° 4, 2012, p. 401 à 426 ; Senftleben, M., note en bas de page 56, op. cit., p. 751 à 769 ; Westkamp, G., note en bas de page 56, op. cit. ; Döhl, F., note en bas de page 79, op. cit., p. 387, 417, 440 à 443.

---

[186](#) Aux fins de satisfaire au test en trois étapes prévu par les différents instruments internationaux liant l'Union, qui limite la création de nouvelles exceptions au droit d'auteur ou aux droits voisins (voir article 9, paragraphe 2, de la Convention de Berne; Article 13 de l'Accord ADPIC, article 10, paragraphes 1 et 2, du TDA, et article 16, paragraphes 1 et 2, du WPPT de 1996) et, plus précisément, aux fins de satisfaire à l'étape des « cas spéciaux », une telle exception devrait être circonscrite par des conditions nécessaires et suffisantes. Le point de savoir si l'utilisation satisfait aux deux autres étapes (absence d'« atteinte à l'exploitation normale » de l'œuvre ou autre objet et absence de « préjudice injustifié aux intérêts légitimes » des titulaires de droits) pourrait être vérifié par les juges au cas par cas.