



HAL
open science

Hip hop et droit d'auteur - Du son, du sample et de l'œuvre protégée

Franck Macrez

► **To cite this version:**

Franck Macrez. Hip hop et droit d'auteur - Du son, du sample et de l'œuvre protégée. Arnaud Montas. Droit(s) et Hip hop, Mare and Martin, 2020, 9782849344545. hal-04104304

HAL Id: hal-04104304

<https://hal.science/hal-04104304>

Submitted on 2 Aug 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Hip-Hop et droit d'auteur : *Du son, du sample et de l'œuvre protégée*

Franck MACREZ

*Maître de conférences HDR de droit privé et sciences criminelles
Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle (CEIPI)
Université de Strasbourg*

I. Le remix, le sample et l'œuvre protégée

A. Le mix et le remix : de l'interprétation à l'œuvre dérivée

B. L'échantillonnage et l'œuvre protégée

II. La sonorité, élément de l'œuvre protégée

A. La sonorité, une protection possible

B. La sonorité en tant que telle, une protection excessive

La musique apparaît comme un genre assez peu traité par la doctrine juridique¹, si ce n'est du point de vue du droit voisin des producteurs de phonogrammes. Dans le cadre d'un ouvrage portant sur les rapports entre le Hip-Hop et le Droit (ou les droits), force est de constater que ce genre musical est largement ignoré des juristes, à tout le moins lorsqu'il s'agit d'en faire une analyse juridique. Si le présent ouvrage apparaît donc comme une initiative inédite, au moins en France, elle l'est un peu moins pour le juriste de droit d'auteur, qui peut avoir eu à s'interroger sur les nouveaux modes de créations, dont l'échantillonnage (*sampling*) est une technique caractéristique.

La question est donc un peu connue du spécialiste de droit d'auteur : la reprise de très brefs fragments sonores peut-elle être constitutive de contrefaçon²? La question posée ne se limite d'ailleurs pas au genre du Hip-Hop, mais pose la question plus générale de l'impact de développement de l'électronique (et, donc, du numérique, mais pas uniquement) dans la création musicale en général, pour mieux s'interroger sur l'appréhension de ces processus créatifs par le droit d'auteur. L'interrogation peut, plus généralement, procéder d'une réflexion sur les rapports entre la création musicale et l'évolution technique, qui paraissent particulièrement imbriquées. Cela étant, dans le cadre de cet ouvrage, les exemples seront naturellement tirés de la culture Hip-Hop, mais il semble important de conserver à l'esprit que la recherche sonore, la recherche de nouvelles techniques et de nouveaux instruments, est ancienne et continue : le piano n'existe, finalement, que depuis deux siècles et demi.

L'échantillonnage numérique est phénoménal en ce qu'il permet une augmentation exceptionnelle des capacités de traitement : les possibilités de reproduction de fragments d'œuvre sont démultipliées. Il ne se limite d'ailleurs pas au domaine musical, mais c'est dans la création musicale que le champ des possibles apparaît le plus en expansion : la multitude des paramètres permettant de modifier des emprunts rend l'identification de l'œuvre d'origine épineuse, voire impossible³. Concomitamment, ces possibilités de traitement se démocratisent continuellement. La concurrence à laquelle se livrent les fabricants de *samplers*, éditeurs de logiciels ou constructeurs de machines "*hardware*", implique une baisse de leurs coûts et une généralisation de cette pratique créative. Ainsi, le développement de l'informatique personnelle permet au public de disposer de moyens de production jusqu'alors réservés à des structures spécialisées : les logiciels d'enregistrement et de mixage permettent de disposer, sur un ordinateur personnel, d'une véritable console de mixage émulant un studio multipiste⁴. Le passage des studios professionnels à l'enregistrement à domicile⁵,

¹ V. néanmoins J. Huet et al., *Droit de la musique*, LGDJ, 2016 ; A.-E. Kahn, *Le droit des musiciens dans l'environnement numérique*, thèse, Dijon, 1998.

² E.-S. Johnson, « Protecting Distinctive Sounds: The Challenge Of Digital Sampling », *Journal of Law and Technology* 1987, 2, p. 273 ; G. Bressand, « Les oeuvres musicales et les nouvelles technologies », *Expertises* 1991, 138, p. 135 ; M. Desjardins, « L'échantillonnage du son en digitales et le droit d'auteur au Canada », *Les Cahiers de la Propriété intellectuelle*, janv. 1991, vol. 3, 2, p. 205 ; J.-F. Forgeron et B. de Rocquefeuil, « Digitalisation et échantillonnage numérique : quelques perspectives juridiques », *Legicom* 1994, 3, p. 75 ; D. Lefranc, « Fragments sonores et création musicale », *D. 2000, chron.*, p. 497 ; J. Malone, « L'échantillonnage numérique d'enregistrements sonore et le droit d'auteur au Canada », *Cahiers de propriété intellectuelle* 2003, vol. 16, n° 2, p. 343.

³ T. C. Moglovkin, « Original Digital : No More Free Samples », *Southern California Law Review* 1990, 64, p. 135 ; J. Malone, « L'échantillonnage numérique d'enregistrements sonore et le droit d'auteur au Canada », *Cahiers de propriété intellectuelle* 2003, vol. 16, n° 2, p. 343.

⁴ X. Greffe, *Économie de la Propriété artistique*, Économica, 2005, p. 156 : « Dans le domaine de la musique, les nouvelles technologies ont révolutionné le fonctionnement du secteur. Elles agissent au niveau de la création, quel que soit le type de musique ou de cadre : on peut aujourd'hui aménager de véritables studios de production chez soi grâce aux ordinateurs et logiciels correspondants, et cette fois-ci sans avoir besoin d'interprètes ou d'orchestres. »

⁵ J. Pareles, « La musique made in chez soi », *Courrier international (The New York Times)*, 9-15 juin 2005, ajoutant qu'« aujourd'hui, un logiciel comme ProTools, l'omniprésent programme produit par Digidesign en 1991, comporte à la fois une console d'enregistrement, des effets et des sons virtuels. Comme un studio multipiste, il est capable d'enregistrer, de superposer des parties, de mixer, de monter et même d'accorder les fausses notes ou de placer un son sur la pulsation. Au

associé au fait que la diffusion se réalise très facilement peut faire se poser une question aux créateurs : « Devenir son propre producteur ? »⁶.

La signification de ce double constat pour l'analyse en termes de droit d'auteur revient à se poser la question de la licéité des pratiques : concrètement, lorsqu'un *sample* est effectué et diffusé au sein d'un morceau musical, à quelles conditions cela se réalise-t-il dans la légalité, c'est-à-dire dans le respect des droits d'auteur ? Mais la question ne recouvre pas l'ensemble des pratiques : *quid* du remix, de l'échantillon utilisé comme matériau qu'on ne peut pas reconnaître à l'issue de la récréation, du *DJ mix* lui-même, etc. Le « compositeur » de Hip-Hop, c'est aussi celui qui « fait le son » : comment la sonorité-même est-elle (ou devrait-elle) être appréhendée par le droit d'auteur ? Ces questions sont d'autant plus importantes que chacun peut aisément diffuser de tels éléments sonores sur les réseaux, donc virtuellement au monde entier.

Comme on va le voir, ces pratiques musicales interrogent les fondamentaux du droit d'auteur. On se bornera ici à rappeler que l'objet du droit est une œuvre de l'esprit⁷ qui, pour être protégée, doit être *originale*, c'est-à-dire porter l'empreinte de la personnalité de son auteur. Cette définition se voit modifiée sous l'influence de l'Union européenne et en particulier de sa Cour de justice, qui retient que, s'agissant du « droit commun » du droit d'auteur, l'objet de la protection est la « création intellectuelle propre » à l'auteur⁸. La limite de l'objet protégé ainsi définie de manière positive, il convient d'avoir à l'esprit que, négativement, le droit d'auteur ne protège pas les « idées » : « les idées sont de libre parcours », selon la célèbre formule de Desbois⁹, qui nous paraît d'ailleurs pouvoir être appliquée à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, voire même être considéré comme un principe général du droit¹⁰. Toute la question est de savoir quelle est la limite entre ce qui est protégé et ce qui doit demeurer inappropriable : un mot, un son, une note ne peuvent en tant que tels être la propriété de tel ou tel. Seuls la suite de mots, un agencement sonore particulier, une mélodie constituée d'une suite de notes, dès lors qu'ils peuvent être considérés comme originaux, sont susceptibles d'être protégés. Les pratiques du *remix* et de l'échantillonnage questionnent cette limite, car elles peuvent se limiter à la reprise de fragments sonores très brefs, ce qui met à l'épreuve la définition de l'œuvre protégée par le droit d'auteur (I). Par ailleurs, l'originalité de l'œuvre musicale se mesure classiquement, au moins dans la musique occidentale, à l'aune de trois éléments : la mélodie, l'harmonie et le rythme¹¹. L'échantillonnage et plus généralement l'utilisation d'instruments électroniques peuvent pourtant pencher pour l'ajout d'un autre élément : la sonorité (II).

I. Le *remix*, le *sample* et l'œuvre protégée

XXI^e siècle, il devient pratiquement impossible de distinguer un enregistrement privé d'un enregistrement de studio. »

⁶ X. Greffe, *Économie de la Propriété artistique*, *op.cit.*, p. 200 et s. ; T. Paris, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, coll. Sciences sociales et société, PUF, 2002, spéc. p. 215.

⁷ CPI, art. L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. »

⁸ CJUE, 16 juill. 2009, C-5/08, *Infopaq International*, *Rec.*, 2009, I-06569, CCE 2009, 97, comm. Ch. Caron ; *JCP G* 2009, 272, note L. Marino ; *Propri. intell.* 2009, n° 33, p. 379, note V.-L. Benabou ; *WIPO Journal* 2010, 1(2), p. 197, S. Vousden ; *EIPR* 2010, 32(5), p.247.

⁹ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, p. 22.

¹⁰ F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? – Essai sur la cohérence des droits*, Lexis Nexis Litec, coll. « CEIPI », 2011, n° 497 et s.

¹¹ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, n° 106.

Le *mix* et le *remix* constituent une pratique créative qui ne semble pas remettre en cause les catégories du droit d'auteur, pour peu qu'ils soient correctement analysés (A.). L'utilisation d'échantillons sonores est beaucoup plus problématique en ce qu'elle questionne les limites du droit d'auteur (B.)

A. Le mix et le remix : de l'interprétation à l'œuvre dérivée

Le travail de *mix* du DJ apparaît, en général, assez facile à caractériser juridiquement. Si l'on garde comme exemple type le DJ qui diffuse des morceaux préenregistrés à l'aide de platines vinyles, ces morceaux sont parfaitement reconnaissables et, comme telle, leur diffusion au public constitue une représentation au sens du droit d'auteur en cas de représentation publique. À ce titre, en général, une société de gestion collective, comme la Sacem en France, se chargera de percevoir les redevances dues pour le compte des auteurs. Le DJ, de son côté, pourrait se voir reconnaître le statut d'artiste-interprète¹².

Quant au *remix* c'est-à-dire la reprise d'un morceau de musique avec un nouvel arrangement, une nouvelle orchestration, etc., cela revient à créer une nouvelle version de la pièce d'origine, ce qui correspond parfaitement à la définition de l'œuvre dérivée (ou composite) du Code de la propriété intellectuelle. L'article L. 113-2 dispose qu'«est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière»¹³. Il s'ensuit que l'auteur de l'œuvre composite est propriétaire de celle-ci, «sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante» (art. L. 113-4). En d'autres termes, l'auteur du *remix*, œuvre dérivée, est titulaire des droits d'auteur sur celle-ci, et le créateur de l'œuvre première demeure propriétaire de sa propre création : chacun est propriétaire de son apport, à condition qu'il soit original. La Sacem considérera le second comme un arrangeur. Au final, l'analyse sera à faire au cas par cas en appliquant les règles classiques du droit d'auteur, avec une attention particulière à porter à l'originalité des contributions de chacun.

À ce stade, la principale difficulté qui surgit tient surtout à la mauvaise appréhension qu'en ont faite les juridictions judiciaires. Ainsi, la cour de Paris voit le *mix* comme un « enchaînement d'œuvres enregistrées dans leur intégralité »¹⁴, ce qui est, en réalité, rarement le cas, quel que soit le style de musique et jamais le cas s'agissant de Hip-Hop. La cour d'appel de Toulouse a, de son côté, jugé qu'il n'y avait pas contrefaçon dès lors que le *mix* du DJ ne rend « plus reconnaissable la musique d'origine par un auditeur moyen »¹⁵; pourtant, l'auditeur est bien à même de reconnaître les morceaux musicaux que « joue » le *disk jockey*, particulièrement lors de *mix* de DJ techno, comme c'était le cas en l'espèce. Il est vrai que les magistrats n'ont peut être pas trop poussé l'analyse sur le droit d'auteur, s'agissant d'une affaire concernant une *rave party*, portée au pénal et aboutissant à la condamnation des organisateurs pour divers chefs d'accusation, dont le trafic de stupéfiants¹⁶...

¹² CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 14 déc. 2011, n° 09/03168, reconnaissant une véritable interprétation par le «remixeur».

¹³ V. la Convention de Berne, 9 sept. 1886, pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, modif. 28 sept. 1979, art. 2.3 « Œuvres dérivées » : « sont protégés comme des œuvres originales, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique. »

¹⁴ CA Paris, 29 oct. 2004, *M.Cerrone c/ A.Wisniak et al.*, n° 04/08362, inédit.

¹⁵ CA Toulouse, 16 mars 2000, *JurisData* n° 120716, *CCE* 2000, 113, note Ch. Caron; *JCP E* 2002, p. 1334, obs. D. Lefranc.

¹⁶ « Infraction à la législation sur les stupéfiants », infraction au Code des débits de boisson, « délit de travail dissimulé », « agressions sonore répétées »... Et il n'est sans doute pas anodin de noter que la cour prononce la relaxe concernant « l'infraction au code de la propriété industrielle » (sic) !

Il ne faut donc pas se laisser piéger par les mots. Ainsi, l'idée de *remix* n'est pas propre au numérique¹⁷, elle provient d'abord du *mix* avec des moyens analogiques, ce que l'amateur de Hip-Hop sait pertinemment, mais qu'il faut savoir expliquer. Par ailleurs, l'attention doit être portée à l'originalité, concept central : il faut rester vigilant quant à l'établissement de la reprise de l'apport original et préexistant d'un créateur, qu'on veuille le nommer auteur, compositeur, producteur, DJ... D'ailleurs, lorsque l'idée de *remix* est reprise dans le domaine littéraire¹⁸, cela n'a plus rien à voir : la reprise réalisée par chaque écrivain est d'un ordre abstrait, ce qui peut laisser à penser que, malgré l'étiquette de « remix », il s'agit à chaque fois d'œuvres originales.

Si le *mix* est d'abord analogique et implique nécessairement la représentation du morceau musical en grande partie, le *turntablism* de certains peut conduire à se dire que le support analogique permet un véritable *sampling*, qui constitue la question la plus délicate pour le droit d'auteur.

B. L'échantillonnage et l'œuvre protégée

L'échantillonnage numérique permet la reproduction de fragments d'œuvres qui peuvent être profondément remaniés grâce aux outils de transformation qu'offre l'informatique, par des machines ou des logiciels spécialement conçus dans ce but. Et c'est à nouveau le juge qui est sollicité pour résoudre les problèmes juridiques, nés des nouvelles pratiques induites par l'apparition et la démocratisation de ces nouveaux instruments. Les décisions ne sont d'ailleurs pas très nombreuses, car « pour l'instant, ce sont essentiellement les chansons et autres musiques de variété qui ont donné lieu à de la jurisprudence, les affaires liées à l'utilisation de l'échantillonnage dans le "rap" ou la "techno" se réglant plutôt à l'amiable »¹⁹, alors que ce sont ces derniers styles musicaux qui constituent le terrain privilégié pour le *sampling*.

Une affaire a marqué l'actualité du droit d'auteur au cours de l'année 2019 puisqu'elle a donné lieu à une décision de la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne²⁰. Elle opposait des membres du groupe Kraftwerk aux compositeurs d'un titre de la rappeuse allemande Sabrina Setlur. Les premiers accusaient les seconds d'avoir échantillonné un rythme de moins de deux secondes du morceau « Metall auf Metall » et d'en avoir fait la base rythmique du titre « Nur mir » de Sabrina Seltur. Sans entrer dans le détail du raisonnement mené par la Cour²¹, il convient de retenir que celle-ci décide que « lorsqu'un utilisateur, dans l'exercice de la liberté des arts, prélève un échantillon sonore sur un phonogramme, afin de l'utiliser, sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute, dans une nouvelle œuvre, il y a lieu de considérer qu'une telle utilisation ne constitue pas une « reproduction », au sens de la directive sur le droit d'auteur²².

¹⁷ Par exemple, dans le domaine musical, l'échantillonnage est apparu dans le monde analogique : v. A.-E. Kahn, *Le droit des musiciens dans l'environnement numérique*, thèse, Dijon, 1998, p. 62 et s. ; B. Gallet, « La boucle infinie du *breakbeat*. Remarques sur les musiques électroniques », *Musique(s). Pour une généalogie du contemporain, Critique, Revue générale des publications françaises et étrangères* 2000, 639-640, p. 804, *passim*.

¹⁸ V. la revue *Remix*, ouvrages collectifs publiés par les éditions Hachette Littératures, présentant le principe de la publication : « 5 nouvelles originales réécrites 3 fois, par 3 écrivains différents. »

¹⁹ A.-E. Kahn, « Objet du droit d'auteur. Notion d'œuvre musicale », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1138, n° 94 ; A.-E. Kahn, *Le droit des musiciens dans l'environnement numérique*, *op. cit.*, spéc. n° 1095 et s.

²⁰ CJUE (gde. ch.), 29 juill. 2019, *Pelham GmbH e.a. c/ Ralf Hütter et Florian Schneider-Esleben*, n° C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624.

²¹ V. la note de J.-M. Bruguière : « L'équilibre des droits en matière de droit d'auteur selon la Cour de justice : toutes les exceptions, rien que les exceptions mais pas que les exceptions », *JCP G* 2019, p. 992.

²² CJUE (gde. ch.), 29 juill. 2019, *loc. cit.*, spéc. point 31 ; v. Directive n° 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, JOCE, 22 juin 2001.

Ainsi, le *sampling* serait libre dès lors que le résultat produit ne permet pas d'identifier le fragment sonore d'origine. La solution est logique et, du reste, pas nouvelle. On avait déjà pu constater que les juges préféreraient ne pas retenir la contrefaçon lorsque l'œuvre préexistante n'était « plus reconnaissable à l'issue des traitements informatiques »²³, solution qui pouvait être approuvée puisqu'une telle reprise ne serait ni reproduite sur un support ni communiquée au public et échapperait donc au monopole de l'auteur²⁴. Sur le principe, l'affaire est entendue. Mais il reste à se demander qui est l'auditeur de référence à la place duquel il faut se mettre pour savoir si l'échantillon est reconnaissable : dans l'affaire Kraftwerk, l'amateur de musique électronique aura reconnu la source, tandis que l'amateur de Radio Nostalgie n'y aura vu que du feu... De fait, en l'espèce, les magistrats de la grande chambre semblent considérer que l'extrait n'est pas reconnaissable, tandis que l'avocat général reconnaissait parfaitement la source²⁵, ce qui est également notre cas ou celui de J.-M. Bruguière²⁶... Une piste nous est fournie par la cour de Toulouse dans l'affaire de la rave party : la cour relaxe les prévenus du délit de contrefaçon « dès lors qu'ils ont produit, à partir des musiques enregistrées et par diverses manipulations, une musique nouvelle et différente ne rendant plus reconnaissable la musique d'origine par un auditeur moyen »²⁷. La référence serait donc « l'auditeur moyen », ce qui n'est guère précis, mais aurait l'avantage de laisser une marge d'appréciation au juge. Mais, de fait, le public auquel l'œuvre est représentée a toutes les chances de constituer, dans un concert (fût-ce une *rave party*), un public de connaisseurs. Il nous est ainsi apparu que cette référence à l'« auditeur moyen » est critiquable puisqu'il existe bien un public, même averti, auquel l'œuvre d'origine est communiquée²⁸.

Par ailleurs, la question s'est posée de savoir si l'utilisation d'un échantillon sonore ne pouvait pas relever de l'exception de courte citation. Dans son arrêt de juillet 2019, la CJUE retient que « lorsque le créateur d'une nouvelle œuvre musicale utilise un échantillon sonore (*sample*) prélevé sur un phonogramme et reconnaissable à l'écoute de cette nouvelle œuvre, l'utilisation de cet échantillon sonore peut, en fonction des circonstances de l'espèce, constituer une « citation », au titre de l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 13 de la Charte, pour autant que ladite utilisation a pour objectif d'interagir avec l'œuvre sur laquelle l'échantillon a été prélevé »²⁹. La Cour ajoute qu'une telle interaction ne saurait exister lorsque l'œuvre d'origine ne

²³ TGI Paris 5 juill. 2000, *JurisData* n° 130310 ; CCE 2001, 23, note Ch. Caron ;

²⁴ En ce sens, Ch. Caron, obs. sous TGI Paris, 5 juill. 2000, *op. cit.* ; A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, n° 319 p. 163 ; A. Latreille, *Les mécanismes de réservation et les créations multimédias*, thèse, Univ. Paris Sud, 1995, n° 921 : « Les éléments de l'œuvre protégée par le droit d'auteur sont fréquemment absents de la création nouvelle issue de l'échantillonnage. En conséquence, cette pratique ne contrefait pas la création, même en l'absence du droit de citation » ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, p. 111, estimant que l'utilisation d'œuvres préexistantes conduit à la qualification en œuvre dérivée, « sauf si l'œuvre préexistante se fond entièrement dans la nouvelle, sans qu'il soit possible de l'identifier » ; J.-F. Forgeron et B. de Rocquefeuil, « Digitalisation et échantillonnage numérique : quelques perspectives juridiques », *Legicom* 1994, 3, p. 75 ; comp., ne faisant pas cette distinction et retenant l'échantillonnage comme contrefaisant au titre de l'article L.122-4 CPI : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Économica, 2005, n° 1224, p. 725 ; comp. encore, rejetant logiquement l'application de l'exception de citation tout en relevant qu'on ne peut pas « toujours bien identifier les œuvres premières » : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 2010, n° 357.

²⁵ Concl. M. Szpunar, sous CJUE (gde. ch.), 29 juill. 2019, *loc. cit.*, spéc. point 25.

²⁶ J.-M. Bruguière : « L'équilibre des droits en matière de droit d'auteur selon la Cour de justice : toutes les exceptions, rien que les exceptions mais pas que les exceptions », *loc. cit.*

²⁷ Affaire dite de la « rave party » : CA Toulouse, 16 mars 2000, *JurisData* n° 120716 ; CCE 2000, 113, note Ch. Caron ; *JCP E* 2002, p. 1334, obs. D. Lefranc : « Les prévenus soutiennent, sans être démentis, que le principe même de leur activité musicale était de produire, à partir de musiques enregistrées, et par diverses manipulations excellemment décrites par le Tribunal, une musique nouvelle et différente, de telle sorte que la musique d'origine n'était plus reconnaissable par un auditeur moyen. »

²⁸ F. Macrez, *Créations informatiques...*, *op. cit.*, n° 466.

²⁹ CJUE (gde. ch.), 29 juill. 2019, *loc. cit.*, spéc. point 72.

peut être identifiée, ce qui relève de l'évidence. L'Avocat général a, à notre avis, été un peu catégorique en affirmant que « l'objectif du *sampling* n'est pas d'entrer en dialogue, ni de se confronter, ni de rendre hommage aux œuvres utilisées »³⁰. Il suffit de se promener sur l'immense ressource constituée par le site <www.whosampled.com> pour constater la grande variété d'utilisation de *samples*. Ainsi, pour garder un exemple provenant de Kraftwerk, lorsqu'Afrika Bambaataa reprend, dans « Planet Rock », la quinzaine de notes de « Trans-Europe Express », nous sommes dans l'ordre de l'hommage ou du clin d'œil, qui n'a vraisemblablement pas dérangé les membres de Kraftwerk. La situation est à l'évidence bien différente lorsque l'échantillon est mis en boucle pour toute la durée du morceau second. Il faudra, à nouveau, analyser les choses au cas par cas, en gardant à l'esprit que le but de la citation doit être « d'entrer en dialogue » avec l'œuvre citée.

Le dernier niveau d'analyse concernant l'utilisation d'échantillons sonores provient du fait que ceux-ci relèvent d'une activité créatrice qui est, comme telle, protégée par l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui prévoit que « les arts et la recherche scientifique sont libres »³¹. Or, le même texte, en son article 17, protège la propriété intellectuelle. Il s'ensuit qu'il convient de trouver la manière dont ces deux dispositions peuvent s'articuler : la CJUE estime qu'un « juste équilibre » doit être maintenu³² entre ces deux droits fondamentaux. Ce niveau d'explication ne nous paraît pas absolument nécessaire, car il ne semble exister que pour justifier l'interprétation menée des dispositions relatives au droit de citation ou à la décision selon laquelle le fragment sonore doit être reconnaissable. Autrement dit, le détour n'était pas indispensable puisque le droit d'auteur présente une cohérence interne respectueuse des intérêts en présence, y compris de la liberté de création. Mais sa dimension symbolique apparaît importante : il est bien expressément rappelé le principe de la liberté de création ; concrètement, cela signifie qu'il n'est pas interdit de sampler et que le *sampling* est bien un outil de création artistique, tout comme l'ont été le *double break* de Kool Herc ou le *cutting* de Grandmaster Flash, basés sur des échantillons analogiques de *breaks* d'artistes comme James Brown, sans doute le plus samplé de tous, outils de création qui ne sauraient être monopolisés privativement.

Il reste que, à un niveau de « granularité » inférieur, le Hip-Hop, et l'électronique dans la musique en général, interroge le droit d'auteur quant au rôle des sonorités dans le mécanisme créatif.

II. La sonorité, élément de l'œuvre protégée

La recherche de son est partie intégrante de la création musicale, et l'art du son est consubstantiel à la recherche de nouveaux instruments. Les premiers instruments électriques ont été inventés à la fin du XIX^e siècle, en particulier par Elisha Gray avec son télégraphe musical (1874). Les années 1920 voient l'apparition du theremine (antenne chantante), premier instrument électronique transportable, utilisé notamment par Varèse dans les années cinquante ou encore les Beach boys (« Good vibrations », 1964), ainsi que des ondes Martenot, utilisées dans les années cinquante par Boulez, Jolivet, Milhaud... mais aussi par des artistes de musiques populaires actuelles tels que Marianne Faithfull, Tom Waits, Arthur H, Noir Désir, Dominique A, Radiohead, Depeche Mode, Muse, Daft punk... En 1933 le premier orgue Hammond est conçu, utilisé d'abord par les églises américaines, mais aussi dans le jazz et le rock.

³⁰ Concl. M. Szpunar, sous aff. C-476/17, 12 déc. 2018, point 67.

³¹ V. aussi l'article 10 de la Convention EDH qui protège la liberté d'expression.

³² Arrêt préc., point 32.

Le manifeste futuriste de Russolo, en 1913, constitue, sans doute, un premier pas vers une démarche créative tournée vers les sons et autres bruits. Varèse, dans les années trente, affiche sa volonté de se libérer des notes pour se concentrer sur la création de musique à partir de bruits, voulant inventer de nouveaux appareils produisant de nouveaux sons. Après-guerre, Pierre Schaeffer et Pierre Henry mènent des recherches, au sein du Groupement de Recherche Musicale autour de ce que l'on nomme « musique électroacoustique », Stockhausen suivant une direction analogue en Allemagne.

Le développement du Hip-Hop intervient, parallèlement à celui des « musiques actuelles » ou « urbaines », tandis que les instruments électroniques, synthétiseurs et boîtes à rythmes (les TR-808 et TR-909 de Roland), se développent et sont de plus en plus accessibles à tout un chacun. On retrouve les sons (et les *samples*) de la disco, du hard funk... Et précisément, ce sont ces sons qui paraissent caractéristiques d'un morceau musical, au même titre que la partie vocale, le rythme, la mélodie l'harmonie... En d'autres termes, il nous semble que cette recherche sonore devrait être prise en compte pour évaluer l'existence d'un droit d'auteur sur une composition musicale, ajoutant un élément au triptyque de Desbois rythme/mélodie/harmonie. Ainsi, la sonorité est une donnée potentiellement protégée par le droit d'auteur (A.) même si, prise en elle-même, elle serait excessive (B.).

A. La sonorité, une protection possible

La protection de la sonorité a pu être reconnue par la jurisprudence, dans une espèce bien éloignée du Hip-Hop, mais qui donne à voir. En 1974, le facteur d'orgues Koenig restructure et transforme les grandes orgues de la cathédrale de Strasbourg, orgue romantique construit en 1878 par Merklin et modifié en 1978 par Roethinger. En 1989, Gaston Kern est chargé de recréer l'orgue romantique d'origine. Koenig, et ses héritiers se plaignent d'une atteinte au droit moral, plus précisément du droit au respect de son œuvre. La cour d'appel de Nancy leur donne raison³³, confirmée par le Conseil d'État qui décide que le maître d'ouvrage « ne peut toutefois porter atteinte au droit de l'auteur de l'œuvre en apportant des modifications à l'ouvrage que dans la seule mesure où elles sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimés par les nécessités du service public et notamment la destination de l'instrument ou de l'édifice ou son adaptation à des besoins nouveaux. »³⁴ La haute juridiction administrative consacre ainsi une reconnaissance implicite, mais certaine, d'un droit d'auteur sur la sonorité de l'orgue. Plus récemment, et plus directement, la cour administrative d'appel de Lyon a décidé que les dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle « ne font pas obstacle à ce qu'un fondeur bénéficie d'un droit de propriété artistique sur la sonorité originale rendue par les cloches qu'il fabrique »³⁵.

Si l'on touche ici aux limites du droit d'auteur, cette jurisprudence sur les œuvres phoniques est parfaitement justifiable. D'une part, il existe bien une forme d'expression perceptible aux sens, un *artefact* à protéger. D'autre part, l'originalité peut se caractériser, en particulier en raison du savoir-faire « esthétique » du facteur d'orgues le conduisant à des choix personnels³⁶. Transposée à d'autres styles musicaux et, pour ce qui nous intéresse, au Hip-Hop, il semble intéressant de considérer qu'il

³³ CAA Nancy, 1^{er} ch., 2 mai 1996, n° 94NC00098.

³⁴ CE, 14 juin 1999, *JCP G* 1999, II, 10209, concl. J.-D. Combrexelle.

³⁵ CAA Lyon, 4^e ch., 5 avr. 2012, *Sté Fonderies des Cloches Paccard c/ Cne de Taninges*, n° 10LY02298.

³⁶ V. P. Tafforeau, « Retour sur une qualification séduisante mais inconséquente : la sonorité de l'orgue envisagée comme une œuvre de l'esprit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Lexis Nexis 2014, p. 735, spéc. p. 738-739.

peut y avoir une « œuvre phonique » dont l'auteur serait le “faiseur de sons”. Cette considération est d'autant plus importante que la palette créative est, avec des instruments électroniques, quasi infinie. La recherche du *son* est d'ailleurs à la fois partie intégrante du processus créatif du “producteur” de Hip-Hop et un facteur d'identification d'un *style*. Il convient d'ailleurs de garder à l'esprit, pour garder l'exemple de Kraftwerk, à l'origine de la jurisprudence de Cour de justice, que ceux-ci étaient de véritables chercheurs sonores qui faisaient appel à des ingénieurs, électroniciens, pour construire eux-mêmes leur propres synthétiseurs et boîtes à rythmes. L'échantillon rythmique est ainsi, selon toute vraisemblance, le résultat d'une recherche sonore tenant à la génération même du son, et qui participe de l'originalité de l'œuvre musicale.

La sonorité, dans le Hip-Hop, est également partie intégrante de la création. D'ailleurs, le *sample* revient souvent à identifier un fragment d'un morceau préexistant, car il « sonne », et pour en faire quelque chose de différent. Cela étant, à notre connaissance, la sonorité distingue plutôt les courants de Hip-Hop : schématiquement, des sonorités chaudes et “fun” pour les représentants de la *West coast* (Dr. Dre, Snoop, Ice cube, X-Zibit, *etc.*), et des sons plus froids, pour ne pas dire sombres, côté *East coast* (Mobb deep, Busta Rhymes, Jay-Z, Method Man, *etc.*). Cela tient à un processus de création, notamment l'omniprésence de l'utilisation de *samples* (pour les seconds), mais aussi à des choix arbitraires quant à l'utilisation de telle ou telle machine, à la recherche d'un son particulier. Pour le droit d'auteur, cela signifie qu'il convient de prendre en compte cette dimension sonore dans la caractérisation de l'œuvre protégée, en ajoutant ce quatrième élément de sonorité au triptyque harmonie/rythme/mélodie.

Mais il importe de préciser que la prise en compte du timbre sonore comporte le risque d'un excès de protection dont il faut se garder.

B. La sonorité en tant que telle, une protection excessive

Les conséquences de la protection de la sonorité par le droit d'auteur ont été critiquées à juste titre³⁷. Une telle protection en tant que telle n'est ni souhaitable ni souhaitée.

D'une part, la protection du timbre sonore n'est pas souhaitable, car elle se situe trop en amont de la protection. Si un son de synthétiseur peut être le résultat d'un ensemble de choix créatifs, voire d'une recherche d'ingénierie sonore, il s'apparente, en tant que tel, à une *idée* non protégée. L'œuvre phonique ne constituerait qu'un matériau que chacun est libre de réutiliser à l'envi. L'idée maîtresse reste la question de savoir si un élément original a été repris/*sample* et si cet élément est reconnaissable dans une œuvre seconde. Il est possible d'ajouter, même si nous restons réservés sur l'intérêt qu'il y a à le faire, qu'il convient de conserver un fond commun créatif qui permet de garantir l'exercice de la liberté de création.

En tout état de cause, il faut rester attentif à l'excès qu'il y aurait à accorder un droit d'interdire sur un son de cloche en lui-même, que l'interdiction soit fondée sur le droit moral (en particulier le droit au respect) ou les droits patrimoniaux. La reprise du seul son peut se faire par échantillonnage, mais aussi par l'utilisation de réglages similaires sur une machine donnée, aujourd'hui avec des machines virtuelles sur des ordinateurs qui permettent de s'échanger (mais aussi de revendre) des *presets*. Mais il reste que, si ces derniers peuvent être caractéristiques d'un ensemble de choix conduisant à

³⁷ *Ibid.*

l'obtention du résultat recherché, le résultat en question (le timbre, le son) ne paraît pas pouvoir présenter, en lui-même, l'originalité permettant de donner prise au droit d'auteur.

D'autre part, une telle protection n'apparaît pas souhaitée par les acteurs de l'industrie musicale. Les constructeurs de machines ne cherchent pas, à notre connaissance, à interdire la reprise des sons eux-mêmes, peut-être car le contournement est très aisé. Tout au plus, un éditeur de logiciel musical devra-t-il demander à Roland pour utiliser le nom de sa boîte à rythmes TR-808, mais l'objet du droit n'est pas la sonorité : c'est le nom « TR-808 » déposé à titre de marque³⁸. Du côté des créateurs, qui ont grandi dans la culture du *sample*, le son est appréhendé comme un outil, un matériau à malaxer. Les Kraftwerk n'ont pas intenté de procès à tous ceux qui les ont *samplé* ; il y a sans doute une règle éthique ou déontologique sous-jacente aux pratiques musicales. Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision de la CJUE, il est vraisemblable que la reprise a été vue par les auteurs de l'œuvre *samplée* comme le travail de producteurs quelque peu paresseux, ou en manque d'inspiration, et non comme un clin d'œil ou un hommage au créateur du fragment sonore d'origine (comme l'avait fait Afrika Bambaataa). Au final, le son est plus caractéristique d'un (sous-)style musical que d'un artiste en particulier : « East Coast/west Coast Killas »³⁹ est caractéristique (et emblématique) d'un son *West coast*, « Shook Ones »⁴⁰ du son *East coast* ; il n'est pourtant pas question d'attribuer un droit de propriété sur les sonorités produites à Dr. Dre ou Mobb Deep...

³⁸ Marque internationale ; déposant : Roland Corporation, n° 1477097, classes : 9, 15, 25.

³⁹ Nas, RBX, KRS-One et B-Real, « East Coast/west Coast Killas », Dr. Dre presents... *The Aftermath*, *Aftermath Entertainment*, 1996.

⁴⁰ Mobb Deep, « Shook Ones (Pt. II) », *The Infamous*, Loud Records, RCA Records, BMG Entertainment, 1995.