



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 25 octobre 2018¹

Affaire C-469/17

**Funke Medien NRW GmbH
contre
Bundesrepublik Deutschland**

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

« Renvoi préjudiciel – Droit d’auteur et droits voisins – Droit de reproduction – Droit de communication d’œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d’autres objets protégés – Exceptions et limitations – Modalités de transposition par les États membres – Appréciation au regard des droits fondamentaux – Caractère exhaustif »

Introduction

1. « À l’ouest rien de nouveau », énonçait le rapport militaire probablement le plus connu de l’histoire de la littérature. Contenue dans le roman d’Erich Maria Remarque qui porte le même titre², cette phrase bénéficiait naturellement, avec l’œuvre entière, de la protection du droit d’auteur. La présente affaire pose à la Cour une question plus complexe : un rapport militaire, non pas fictif mais tout à fait réel, peut-il bénéficier de la protection du droit d’auteur, tel qu’harmonisé en droit de l’Union, au même titre que d’autres œuvres littéraires ?

2. Cette question fait surgir deux problèmes : premièrement, est-ce qu’un tel rapport répond aux exigences qu’un texte doit remplir pour pouvoir être qualifié d’œuvre protégeable par le droit d’auteur, ces exigences découlant de la nature même du droit d’auteur mais également de la jurisprudence de la Cour ? Deuxièmement, est-ce que d’autres facteurs, notamment la liberté d’expression, protégée par la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (ci-après la « Charte »), doivent être pris en compte afin d’atténuer, voire d’écarter, cette protection ? Il me semble indispensable de répondre à ces deux questions afin de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi.

¹ Langue originale : le français.

² Remarque, E. M., *Im Westen nichts Neues*, Propyläen Verlag, Berlin, 1929 ; traduction française : Hella, A., Bournac, O., Stock, Paris, 1929.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3. L'article 2 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'information³ 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 ;

[...] »

4. L'article 3, paragraphe 1, de cette directive dispose :

« Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »

5. Selon l'article 5, paragraphe 3, sous c) et d), de la même directive :

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

[...]

c) lorsqu'il s'agit de la reproduction par la presse, de la communication au public ou de la mise à disposition d'articles publiés sur des thèmes d'actualité à caractère économique, politique ou religieux ou d'œuvres radiodiffusées ou d'autres objets protégés présentant le même caractère, dans les cas où cette utilisation n'est pas expressément réservée et pour autant que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée, ou lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres ou d'autres objets protégés afin de rendre compte d'événements d'actualité, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur ;

d) lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une œuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi ;

[...] »

³ JO 2001, L 167, p. 10.

Le droit allemand

6. La directive 2001/29 a été transposée en droit allemand dans le Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins), du 9 septembre 1965 (ci-après l’« UrhG »). L’article 2 de cette loi énumère les catégories d’œuvres protégées. Selon le paragraphe 2 de cet article :

« Seules constituent des œuvres, au sens de la présente loi, les créations intellectuelles personnelles. »

7. En ce qui concerne la protection des textes officiels, l’article 5 de ladite loi énonce :

« 1. Les lois, décrets, arrêtés ou avis officiels, et les décisions et exposés des motifs de ces décisions, ne sont pas protégés par le droit d’auteur.

2. Ne sont pas non plus protégés par le droit d’auteur les autres textes officiels qui, dans l’intérêt de l’administration, ont été diffusés au public pour information ; toutefois, les dispositions des articles 62, paragraphes 1 à 3, et 63, paragraphes 1 et 2, concernant l’interdiction de modifier l’œuvre et l’indication de la source s’appliquent mutatis mutandis.

[...] »

8. Les droits de reproduction et le droit de communication au public des auteurs sont protégés en vertu de l’article 15, paragraphes 1 et 2, de l’UrhG, tandis que les exceptions de compte rendu d’événements d’actualité et de citation ont été prévues aux articles 50 et 51 de cette loi.

Les faits, la procédure et les questions préjudicielles

9. La défenderesse, la Bundesrepublik Deutschland (République fédérale d’Allemagne), fait établir chaque semaine un rapport de situation militaire sur les interventions de la Bundeswehr (armée fédérale, Allemagne) à l’étranger et sur les évolutions intervenues dans la zone d’intervention. Ces rapports sont adressés, sous l’appellation « Unterrichtung des Parlaments » (information du Parlement, ci-après les « UdP »), à certains députés du Bundestag (Parlement fédéral, Allemagne), à des unités du Bundesministerium der Verteidigung (ministère fédéral de la Défense, Allemagne) et à d’autres ministères fédéraux, ainsi qu’à certains services placés sous l’autorité du ministère fédéral de la Défense. Les UdP sont considérées comme des « documents classifiés – Restreint », le niveau de confidentialité le plus bas. Parallèlement, la défenderesse publie des versions synthétisées des UdP sous l’appellation « Unterrichtung der Öffentlichkeit » (information du public, ci-après les « UdÖ »).

10. La requérante, Funke Medien NRW GmbH (ci-après « Funke Medien »), société de droit allemand, exploite le portail Internet du quotidien *Westdeutsche Allgemeine Zeitung*. Le 27 septembre 2012, elle a demandé un droit d’accès à l’ensemble des UdP établies durant la période allant du 1^{er} septembre 2001 au 26 septembre 2012. Cette demande a été rejetée au motif que la divulgation des informations pourrait avoir des effets néfastes sur des intérêts de l’armée fédérale sensibles au regard de la sécurité. La partie requérante a toutefois obtenu, par un moyen inconnu, une grande partie des UdP et en a publié plusieurs sous l’appellation « Afghanistan-Papiere » (documents sur l’Afghanistan).

11. La République fédérale d’Allemagne, estimant que Funke Medien avait violé son droit d’auteur sur ces rapports, a introduit à l’encontre de celle-ci une action en cessation, qui a été accueillie par le Landgericht (tribunal régional, Allemagne). L’appel interjeté par Funke Medien a été rejeté par la juridiction d’appel. Par son pourvoi en « Revision », Funke Medien maintient ses conclusions tendant au rejet de l’action en cessation.

12. Dans ces conditions, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) Les dispositions du droit de l'Union relatives au droit exclusif des auteurs à la reproduction [article 2, sous a), de la directive 2001/29] et à la communication au public, y compris la mise à la disposition du public (article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29), de leurs œuvres, ainsi qu'aux exceptions ou limitations à ces droits (article 5, paragraphes 2 et 3, de la directive 2001/29), laissent-elles des marges d'appréciation pour leur transposition en droit national ?
- 2) De quelle manière convient-il de tenir compte des droits fondamentaux consacrés dans la [Charte] dans la détermination de la portée des exceptions ou des limitations, prévues à l'article 5, paragraphes 2 et 3, de la directive 2001/29, au droit exclusif des auteurs à la reproduction [article 2, sous a), de la directive 2001/29] et à la communication au public, y compris la mise à la disposition du public (article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29), de leurs œuvres ?
- 3) Les droits fondamentaux à la liberté d'information (article 11, paragraphe 1, deuxième phrase, de la [Charte]) ou à la liberté de la presse (article 11, paragraphe 2, de la [Charte]) peuvent-ils justifier des exceptions ou des limitations au droit exclusif des auteurs à la reproduction [article 2, sous a), de la directive 2001/29] et à la communication au public, y compris la mise à la disposition du public (article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29), de leurs œuvres en dehors des exceptions ou des limitations prévues à l'article 5, paragraphes 2 et 3, de la directive 2001/29 ? »

13. La demande de décision préjudicielle est parvenue à la Cour le 4 août 2017. Des observations écrites ont été déposées par Funke Medien, les gouvernements allemand, français et du Royaume-Uni, ainsi que par la Commission européenne. Les mêmes intéressés ont été représentés lors de l'audience qui s'est tenue le 3 juillet 2018.

Analyse

La recevabilité des questions préjudicielles

14. Le litige au principal concerne la communication au public, par Funke Medien, des UdP, c'est-à-dire des rapports périodiques d'information sur les actions de l'armée fédérale à l'étranger, sur lesquels la République fédérale d'Allemagne prétend détenir les droits d'auteur. Le contenu exact de ces documents ne nous est pas connu, car Funke Medien a été obligée de les retirer de sa page Internet. Il est cependant possible de consulter les UdÖ, c'est-à-dire la version publique des UdP. Lors de l'audience, les parties n'étaient pas d'accord sur l'écart existant entre ces deux versions : selon le gouvernement allemand, les UdP sont beaucoup plus volumineux que les UdÖ, tandis que, selon Funke Medien, les UdP contiendraient seulement quelques informations de plus que les UdÖ. Quoi qu'il en soit, le fait que Funke Medien a décidé de publier les UdP qu'elle avait réussi à obtenir indique que les deux versions présentent des différences en ce qui concerne les informations fournies. Cependant, il est à mon avis permis de supposer que, même si les informations contenues dans les UdP sont plus détaillées, la forme de leur présentation (leur expression, pour utiliser le langage du droit d'auteur) est la même dans les deux cas. Or, cette forme, telle qu'elle ressort des UdÖ, me fait fortement douter que de tels documents doivent être qualifiés d'œuvres relevant de la protection du droit d'auteur. En effet, il s'agit de documents purement informatifs, rédigés dans un langage parfaitement neutre et standardisé, rendant compte avec exactitude des événements ou bien informant

qu'aucun événement digne d'intérêt n'est survenu⁴.

15. Or, il est communément admis comme principe que le droit d'auteur protège non pas les idées mais les expressions. Les idées sont, selon une formulation classique, de libre parcours⁵, en ce sens qu'elles ne sauraient être monopolisées au moyen du droit d'auteur, contrairement, notamment, aux brevets qui protègent les idées, les inventions, etc. Le droit d'auteur protège uniquement la façon dont les idées ont été formulées dans une œuvre. Les idées elles-mêmes, déconnectées de toute œuvre, peuvent donc être reproduites et communiquées librement.

16. Cette exclusion des idées de la protection par le droit d'auteur s'étend aux informations « brutes », c'est-à-dire présentées telles quelles. Si ces informations peuvent paraître sous la forme d'un texte, il s'agit toutefois d'un texte basique qui se limite à répondre à trois questions fondamentales : qui ? quoi ? quand ? Dépourvue de tout enrichissement, l'expression de l'information se confond alors avec l'information elle-même. La monopolisation de l'expression, au moyen du droit d'auteur, aboutirait donc à la monopolisation de l'information. Cette exclusion de la protection des informations brutes figurait déjà dans la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, signée à Berne le 9 septembre 1886 (acte de Paris du 24 juillet 1971), telle que modifiée le 28 septembre 1979 (ci-après la « convention de Berne »), principal instrument international de protection du droit d'auteur, dont l'article 2, paragraphe 8, stipule que « [l]a protection de la présente [c]onvention ne s'applique pas aux nouvelles du jour ou aux faits divers qui ont le caractère de simples informations de presse »⁶.

4 À titre d'illustration, je citerai un fragment du dernier UdÖ disponible au moment de la rédaction des présentes conclusions, l'UdÖ n° 36/18, daté du 5 septembre 2018. Sur la première page du document figure une carte schématique d'une partie du monde montrant les pays dans lesquels l'armée fédérale est engagée dans des missions. Cette carte est suivie d'une liste de ces missions. Ensuite, les informations sont présentées dans l'ordre des différentes missions, par exemple :

« Resolute Support (RS)/NATO-Einsatz in Afghanistan

Train-Advise-Assist-Command (TAAC) North/Deutsches Einsatzkontingent

Die Operationsführung der afghanischen Sicherheitskräfte (Afghan National Defence and Security Forces /ANDSF) in der Nordregion konzentrierte sich im Berichtszeitraum auf die Provinz Faryab mit Schwerpunkt im Raum nördlich von Maimanah. Darüber hinaus wurden Operationen in den Provinzen Baghlan, Badakhshan, Kunduz und Takhar durchgeführt. Für den Bereich Kunduz gilt unverändert, dass das seit November 2016 gültige Sicherheitskonzept der ANDSF für das Stadtgebiet Kunduz für weitgehende Sicherheit und Stabilität sorgt.

Im Verantwortungsbereich des TAAC North kam es im Berichtszeitraum zu verschiedenen Angriffen auf Kontroll- und Sicherungsposten der ANDSF.

Deutsche Beteiligung: 1.124 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).

[Resolute Support (RS)/Mission de l'OTAN en Afghanistan

Train-Conseil-Assistance-Commandement (TAAC) North/contingent allemand

L'opération des forces de sécurité afghanes dans la région du Nord était concentrée dans la période considérée sur la province de Faryab en mettant l'accent dans la région au nord de Maimanah. En outre, des opérations étaient réalisées dans les provinces de Baghlan, de Badakhshan, de Kunduz et de Takhar. Pour la région de Kunduz, le concept de sécurité validé de l'ANDSF pour la zone urbaine de Kunduz continue d'assurer la sécurité et la stabilité depuis novembre 2016.

Dans la zone de responsabilité de la TAAC Nord, pendant la période de référence, diverses attaques sur des postes de contrôle et de sécurité de l'ANDSF ont eu lieu.

Participation allemande : 1 124 soldats (au 03.09.18)].

Kosovo Force (KFOR)/NATO-Einsatz im Kosovo

Keine berichtenswerten Ereignisse.

Deutsche Beteiligung : 315 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).

[Force du Kosovo (KFOR)/Mission de l'OTAN au Kosovo

Aucun événement digne d'intérêt.

Participation allemande : 315 soldats (au 03.09.18)].

[...] ».

5 Vivant, M., Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2016, p. 151.

6 L'Union européenne n'est pas partie à la convention de Berne mais elle est partie au traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, adopté à Genève le 20 décembre 1996 et entré en vigueur le 6 mars 2002, qui oblige ses signataires à respecter les articles 1^{er} à 12 de cette convention (voir décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000, relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes, JO 2000, L 89, p. 6). Dès lors, les actes de droit de l'Union portant sur le droit d'auteur doivent être interprétés à la lumière de ladite convention (voir arrêt du 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, points 34 et 35).

17. Par ailleurs, pour qu'une expression soit qualifiée d'« œuvre » au sens du droit d'auteur, encore faut-il qu'elle soit « original[e] en ce sens qu'[elle] est une création intellectuelle propre à son auteur»⁷. Cette condition de l'applicabilité du droit d'auteur, tel qu'harmonisé en droit de l'Union, notamment par la directive 2001/29, a été déduite par la Cour de l'économie de cette directive ainsi que de celle de la convention de Berne. Cette condition n'est pas pour autant une invention du droit de l'Union : elle figure en effet dans la plupart des droits d'auteur nationaux, à tout le moins dans les systèmes du droit continental⁸. Elle appartient donc, en quelque sorte, aux traditions juridiques des États membres.

18. Dans le droit d'auteur de l'Union, cette notion de « création intellectuelle propre à son auteur » est l'élément principal de la définition de l'œuvre, elle-même notion autonome du droit de l'Union. Cette définition a par la suite été développée dans la jurisprudence de la Cour postérieure à l'arrêt *Infopaq International*⁹. La Cour a ainsi expliqué qu'une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci. Tel est le cas si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs¹⁰. En revanche, lorsque l'expression des composantes de l'objet en question est dictée par leur fonction technique, le critère de l'originalité n'est pas rempli, car les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent. Une telle situation ne permet pas à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle propre¹¹. Seule la création intellectuelle propre à son auteur, au sens ci-dessus défini, participe de la qualité d'œuvre protégeable par le droit d'auteur. Les éléments tels que le travail intellectuel et le savoir-faire de l'auteur ne sauraient, comme tels, justifier la protection de l'objet en cause par le droit d'auteur, si ce travail et ce savoir-faire n'expriment aucune originalité¹².

19. L'application de ces critères au cas d'espèce suscite des doutes sérieux quant à la qualification des documents en question en tant qu'œuvres au sens du droit d'auteur de l'Union, tel qu'interprété par la Cour. En effet, il me semble peu probable que le ou les auteurs de ces documents, que nous ne connaissons pas, mais qui sont vraisemblablement des fonctionnaires ou des officiers de l'armée fédérale, aient pu effectuer des choix libres et créatifs pour exprimer leurs capacités créatives lors de la rédaction desdits documents. S'agissant de documents purement informatifs et rédigés inévitablement dans un langage simple et neutre, leur contenu est totalement déterminé par les informations qu'ils contiennent, de sorte que ces informations et leur expression se confondent, excluant ainsi toute originalité. Leur élaboration nécessite certainement un certain effort et un savoir-faire, mais ces éléments, à eux seuls, ne sauraient justifier la protection du droit d'auteur. Lors de la discussion sur ce point lors de l'audience, les parties ont également avancé que la structure des documents en cause pourrait elle-même être protégée par le droit d'auteur. Or cette structure consiste à présenter à intervalles réguliers des informations concernant chaque mission étrangère à laquelle prend part l'armée fédérale. La structure de ces rapports ne me paraît dès lors pas plus créative que leur contenu.

7 Arrêt du 16 juillet 2009, *Infopaq International* (C-5/08, EU:C:2009:465, point 37).

8 Tel est notamment le cas du droit allemand, où l'article 2, paragraphe 2, de l'UrhG dispose que « [s]eules constituent des œuvres, au sens de la présente loi, les créations intellectuelles personnelles ». Ce concept se retrouve dans la notion d'originalité en droit d'auteur français (arrêt de la Cour de cassation, Assemblée plénière, du 7 mars 1986, *Babolat c/ Pachot*, n° 83-10477, publié au bulletin), ainsi qu'en droit polonais [article 1^{er}, paragraphe 1, de la ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (loi sur le droit d'auteur et les droits voisins), du 4 février 1994] ou encore en droit espagnol [article 10 de la Ley de Propiedad Intelectual (loi sur la propriété intellectuelle), du 24 avril 1996]. Il en va autrement dans les systèmes de *copyright* des pays anglo-saxons.

9 Arrêt du 16 juillet 2009 (C-5/08, EU:C:2009:465).

10 Arrêt du 1^{er} décembre 2011, *Painer* (C-145/10, EU:C:2011:798, points 88 et 89).

11 Arrêt du 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816, points 49 et 50).

12 Arrêt du 1^{er} mars 2012, *Football Dataco e.a.* (C-604/10, EU:C:2012:115, point 33).

20. Le doute quant à la qualification des documents en cause en tant qu'œuvres protégeables par le droit d'auteur a été soulevée dans le litige au principal, ainsi que dans la présente affaire, notamment par Funke Medien. La juridiction de renvoi nous informe que cette question n'a pas été résolue par les juridictions des instances inférieures dans la procédure au principal¹³. Elle estime cependant qu'il n'est pas approprié de renvoyer l'affaire devant la juridiction d'appel afin de clarifier ce point, dans la mesure où il pourrait découler des réponses de la Cour aux questions préjudicielles que la protection par le droit d'auteur desdits documents ne doit pas être accordée.

21. Je comprends le souci d'économie de procédure. Cependant, les questions préjudicielles dans la présente affaire soulèvent des problèmes juridiques essentiels concernant les relations entre le droit d'auteur et les droits fondamentaux, pouvant aboutir à la remise en cause de la légitimité, voire la validité, de celui-là au regard de ceux-ci. Or, ces problèmes découlent pour une bonne part du caractère inhabituel des documents en cause en tant qu'objet du droit d'auteur, en ce qu'ils ont un contenu purement informatif, qu'ils émanent et restent la propriété de l'État et qu'ils sont confidentiels. Il serait donc à mon avis pour le moins souhaitable de s'assurer, avant d'aborder ces problèmes essentiels, que les documents en cause relèvent effectivement du droit d'auteur et, plus généralement, du droit de l'Union.

22. Bien évidemment, la qualification des documents en cause comme « œuvres » au sens du droit d'auteur, tel qu'harmonisé en droit de l'Union, est une appréciation factuelle qu'il revient aux seules juridictions nationales d'effectuer. Cependant, je suis d'avis que, eu égard aux doutes évoqués ci-dessus, qui semblent d'ailleurs être partagés également par la juridiction de renvoi, concernant l'applicabilité du droit d'auteur de l'Union auxdits documents, la Cour pourrait envisager de déclarer, en application d'une jurisprudence établie, les questions préjudicielles dans la présente affaire irrecevables parce qu'elles sont, à ce stade de la procédure au principal, hypothétiques au motif qu'elles se fondent sur une prémisse n'ayant pas été vérifiée par la juridiction de renvoi¹⁴.

23. Pour le cas où la Cour ne retiendrait pas cette proposition, je passe maintenant à l'analyse du fond de l'affaire.

Remarques liminaires sur le fond des questions préjudicielles

24. Dans la présente affaire, les questions préjudicielles posées sont toutes liées d'une façon ou d'une autre à la problématique de la relation entre le droit d'auteur, tel que harmonisé par la directive 2001/29, et les droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression, telle que protégée par l'article 11 de la Charte.

25. Ainsi, par la première question préjudicielle, posée en liaison avec la jurisprudence de la Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne), la juridiction de renvoi vise à déterminer si les dispositions du droit allemand assurant la transposition de la directive 2001/29 doivent être interprétées uniquement à la lumière des droits fondamentaux découlant de l'ordre juridique de l'Union ou également à la lumière des droits fondamentaux en vigueur au niveau constitutionnel national.

¹³ La juridiction de renvoi indique uniquement que lesdits documents ne sont pas exclus a priori de la protection par le droit d'auteur, en tant que publications officielles, en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de l'UrhG. C'est évident, car ce sont des documents confidentiels, qui ne sont donc pas destinés au public. Cependant, il ne suffit pas, pour qu'un document officiel puisse bénéficier de la protection par le droit d'auteur, qu'il ne soit pas exclu de cette protection en vertu de ladite disposition. Encore faut-il qu'il réponde aux critères d'une œuvre au sens de ce droit. Or, cet aspect n'a pas été clarifié dans le cadre de la procédure au principal.

¹⁴ Voir, notamment, arrêt du 18 décembre 2014, Schoenimport « Italmoda » Mariano Previti e.a. (C-131/13, C-163/13 et C-164/13, EU:C:2014:2455, points 31 et 39).

26. La deuxième question préjudicielle concerne la manière dont les droits fondamentaux doivent être pris en compte dans l'interprétation des exceptions et des limitations aux droits d'auteur prévues par la directive 2001/29. Si la question n'est pas posée expressément, sa formulation indique toutefois que la juridiction de renvoi cherche à savoir si la prise en compte des droits fondamentaux, et plus précisément du droit à l'information, peut conduire à une interprétation de ces exceptions qui couvrirait l'utilisation des documents en cause au principal.

27. Enfin, la troisième question préjudicielle soulève le problème de l'existence éventuelle d'autres exceptions ou limitations au droit d'auteur qui ne seraient pas prévues par les dispositions de la directive 2001/29 (ni par aucun autre acte de droit de l'Union), mais qui seraient indispensables afin de garantir le respect des droits fondamentaux.

28. Ces trois questions, posées dans des termes très généraux, ont été également soulevées dans deux autres affaires actuellement pendantes devant la Cour et ayant pour origine des demandes de décision préjudicielle émanant de la même juridiction de renvoi¹⁵. Or, ces trois affaires concernent des situations factuelles complètement différentes et font jouer des droits fondamentaux différents. Les autres configurations factuelles et juridiques possibles, dans lesquelles pourraient se poser les mêmes questions générales concernant la relation entre droit d'auteur et droits fondamentaux, sont probablement infinies.

29. Il ne me semble donc pas pertinent d'analyser le problème soulevé dans le litige au principal de manière aussi générale. Toute réponse rédigée en des termes généraux et faisant abstraction de la situation concrète de conflit éventuel entre le droit d'auteur et un droit fondamental serait à mon avis soit trop rigide, en ne permettant pas l'adaptation du système du droit d'auteur si nécessaire, soit trop laxiste, en permettant sa remise en cause dans n'importe quelle situation et en le privant ainsi de toute sécurité juridique.

30. Il en est d'autant plus ainsi que, comme je le développerai ci-après, le droit d'auteur comporte déjà lui-même des mécanismes destinés à l'accommoder avec le respect des droits fondamentaux, en premier lieu avec la liberté d'expression. En règle générale, ces mécanismes devraient être suffisants, sauf à remettre en question la validité même des dispositions du droit d'auteur au regard desdits droits fondamentaux. Le problème de la validité des dispositions de la directive 2001/29 n'a cependant pas été soulevé dans la présente affaire et je ne vois pas la nécessité de le faire.

31. Toute pondération du droit d'auteur par les droits fondamentaux allant au-delà de la simple interprétation des dispositions dudit droit, exercice qui se situe à la frontière entre interprétation et application de la loi, doit donc à mon avis être effectuée à la lumière des circonstances de chaque cas concret. Cette approche au cas par cas permet d'appliquer avec la plus grande justesse le principe de proportionnalité, en évitant ainsi des atteintes injustifiées tant au droit d'auteur qu'aux droits fondamentaux.

32. Le litige au principal concerne l'application du droit d'auteur dans un cas qui est particulier à plusieurs égards. En effet, premièrement, l'objet protégé est constitué par des documents de l'État qui ont, comme je l'ai déjà observé, un caractère purement informatif. Il est donc difficile de distinguer ces documents, en tant qu'objet du droit d'auteur, des informations qu'ils contiennent. Deuxièmement, le titulaire dudit droit d'auteur est l'État, c'est-à-dire l'acteur qui se trouve dans la situation non pas de bénéficiaire, mais d'obligé des droits fondamentaux. Enfin, troisièmement, s'il est fait ici usage des mécanismes de la protection du droit d'auteur, le but ouvertement recherché n'est pas l'exploitation

¹⁵ Il s'agit des affaires C-476/17, Pelham, et C-516/17, Spiegel Online.

de l'œuvre, mais la protection de la confidentialité des informations qui y sont contenues. Pour ces raisons, se limiter à répondre aux questions préjudicielles telles qu'elles ont été formulées par la juridiction de renvoi ne permettrait pas, à mon avis, de donner une solution appropriée au problème auquel cette juridiction est confrontée.

33. Je propose donc à la Cour, afin de donner à la juridiction de renvoi une réponse utile pour la solution du litige concret qui est pendante devant elle dans la procédure au principal, de reformuler les questions préjudicielles, en les traitant conjointement et en prenant comme point de départ non pas le droit d'auteur de la République fédérale d'Allemagne, mais la liberté d'expression de Funke Medien. À mon avis, en effet, la juridiction de renvoi souhaite savoir en substance si l'article 11 de la Charte doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre se prévale de son droit d'auteur sur des documents comme ceux en cause au principal afin de limiter la liberté d'expression consacrée à cet article.

Le droit d'auteur et la liberté d'expression

34. Selon l'article 11 de la Charte, « la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées » fait partie de la liberté d'expression et d'information consacrée à cet article. Son paragraphe 2 ajoute la liberté des médias. Ce droit trouve son équivalent dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), qui, en son article 10, définit la liberté d'expression en des termes identiques à ceux employés à l'article 11, paragraphe 1, de la Charte.

35. En revanche, le droit d'auteur, tel qu'harmonisé en droit de l'Union, réserve aux auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction et la communication publique de leurs œuvres. Même si, comme je l'ai développé plus en détail ci-dessus, le droit d'auteur protège non pas les informations ou les idées contenues dans les œuvres mais leurs expressions, ce droit est naturellement voué à entrer en conflit avec la liberté d'expression. En effet, premièrement, la communication d'une œuvre couverte par le droit d'auteur, qu'elle soit faite par l'auteur lui-même, avec son autorisation ou sans une telle autorisation, entre bien entendu dans le champ d'application de cette liberté. Deuxièmement, même lorsque l'œuvre n'est pas l'objet unique ou principal de la communication, il est parfois très difficile, voire impossible, de communiquer certaines idées sans simultanément communiquer, tout du moins partiellement, une œuvre d'autrui. Prenons l'exemple de la critique d'art. Ainsi, en exigeant d'obtenir l'autorisation préalable de l'auteur (et en réservant à celui-ci la faculté de ne pas l'accorder), le droit d'auteur restreint nécessairement la liberté d'expression.

36. Il est communément admis que le droit d'auteur lui-même comporte des mécanismes permettant de pallier les éventuelles contradictions entre les droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression, et le droit d'auteur¹⁶.

37. Il s'agit, en premier lieu, du principe selon lequel le droit d'auteur protège non pas les idées mais les expressions. De cette manière, la liberté d'expression, en ce qui concerne la transmission et la réception des informations, est protégée. J'ai déjà examiné ce principe dans la partie concernant la recevabilité des questions préjudicielles¹⁷, je ne vais donc pas me répéter.

16 Voir, notamment, Barta, J., Markiewicz, R., *Prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Varsovie, 2016, p. 635 et suiv., et Vivant, M., Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2016, p. 519 et suiv. Voir, également, par exemple, Geiger, C., Izyumenko, E., « Copyright on the human rights' trial : redefining the boundaries of exclusivity through freedom of expression », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45 (2014), p. 316 à 342, et Lucas, A., Ginsburg, J.C., « Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen) », *Revue internationale du droit d'auteur*, vol. 249 (2016), p. 4 à 153.

17 Voir points 15 et 16 des présentes conclusions.

38. En second lieu, le droit d'auteur se concilie avec les droits fondamentaux par le jeu de différentes exceptions. Ces exceptions permettent l'utilisation des œuvres dans différentes situations qui peuvent relever des divers droits et libertés fondamentales, sans en même temps priver les auteurs de l'essentiel de leurs droits, c'est-à-dire du respect du lien qui les lie à leurs œuvres et de la possibilité d'exploiter celles-ci économiquement.

39. En droit de l'Union, les exceptions au droit d'auteur ont été harmonisées, notamment à l'article 5 de la directive 2001/29. Il est vrai que ces exceptions ont un caractère facultatif ; formellement, les États membres ne sont pas obligés de les prévoir dans leur droit interne. Cependant, à mon avis, il s'agit plutôt d'un moyen pour le législateur de l'Union de donner aux États membres une plus grande flexibilité dans la mise en œuvre de ces exceptions que d'une réelle faculté de les prévoir ou pas. En effet, le droit d'auteur existait dans les systèmes juridiques des États membres bien avant son harmonisation au niveau de l'Union par la directive 2001/29. C'est d'ailleurs la raison de cette harmonisation¹⁸. Cependant, le législateur de l'Union n'a visiblement pas voulu bouleverser les différentes traditions et formulations des exceptions qui se sont ainsi développées dans les systèmes juridiques nationaux. Cela ne change rien au fait que la plupart des exceptions prévues à l'article 5 de la directive 2001/29 existent, sous une forme ou sous une autre, dans tous les droits d'auteur internes des États membres¹⁹.

40. Dans le cours normal des choses, ces limites internes du droit d'auteur permettent de concilier, de façon globalement satisfaisante, les droits et les libertés fondamentales avec les droits exclusifs des auteurs en ce qui concerne l'utilisation de leurs œuvres. Il n'en demeure pas moins que, nonobstant l'existence de ces limites, l'application du droit d'auteur, comme de tout autre corps de droit, reste soumise à l'exigence du respect des droits fondamentaux, ce respect pouvant être contrôlé par les juridictions. Dans le cas où il s'avérerait qu'il existe des défaillances systémiques de la protection d'un droit fondamental vis-à-vis du droit d'auteur, cela remettrait en cause la validité de ce dernier et se poserait alors la question d'une modification législative. Cependant, il peut y avoir des situations exceptionnelles dans lesquelles le droit d'auteur, qui, dans d'autres circonstances, pourrait tout à fait légitimement bénéficier de la protection légale et juridictionnelle, doit s'estomper devant un intérêt majeur ayant trait à la réalisation d'un droit ou d'une liberté fondamentale.

41. L'existence d'une telle limitation externe du droit d'auteur a été récemment rappelée par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH »). Dans deux décisions²⁰, la Cour EDH a considéré que l'action en matière de protection du droit d'auteur d'un État partie à la CEDH était susceptible de contrôle du point de vue de sa conformité avec la liberté d'expression, consacrée à l'article 10 de la CEDH. Dans les deux affaires susmentionnées, la Cour EDH n'a pas constaté de violation de la liberté d'expression. En effet, en prenant en compte la nature des communications en question (qui poursuivaient un but commercial) et les droits d'autres personnes entrant en jeu (les titulaires des droits d'auteur), la Cour EDH a conclu que les parties défenderesses (c'est-à-dire les États signataires de la CEDH) bénéficiaient d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne le caractère nécessaire, dans une société démocratique, des restrictions à ladite liberté entraînées par le droit d'auteur.

18 Voir considérants 6 et 7 de la directive 2001/29.

19 À l'exception peut-être, encore une fois, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, où, conformément à la tradition du *copyright* anglo-saxon, s'est développée la conception du *fair use*, une limitation générale au droit d'auteur, appliquée au cas par cas.

20 Arrêt de la Cour EDH du 10 janvier 2013, *Ashby Donald e.a. c. France* (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908), et décision de la Cour EDH du 19 février 2013, *Fredrik Neij et Peter Sunde Kolmisoppi c. Suède* (CE:ECHR:2013:0219DEC004039712).

42. Cependant, dans des circonstances différentes de celles en cause dans les deux affaires susmentionnées, le résultat de l'analyse pourrait être différent, notamment dans la situation où, comme dans la présente affaire, la communication de l'œuvre prétendument protégée a contribué au débat d'intérêt général et où cette œuvre consiste en des documents officiels d'un État qui ont un caractère informatif. Je propose donc à la Cour de poursuivre un raisonnement analogue à celui de la Cour EDH.

43. Cette proposition est d'autant plus justifiée que, selon l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, dans la mesure où celle-ci contient des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère la CEDH. Or, l'article 11 de la Charte correspond à l'article 10 de la CEDH²¹. Certes, comme l'observe la juridiction de renvoi dans sa demande, la Cour a jugé que, la CEDH n'étant pas formellement intégrée dans l'ordre juridique de l'Union, la validité tant des dispositions du droit de l'Union que du droit national doit être appréciée uniquement à la lumière de la Charte²². Cela ne signifie cependant pas que la CEDH, telle qu'interprétée par la Cour EDH, ne doit pas être prise en compte dans l'interprétation de la Charte effectuée aux fins de cette appréciation²³. En effet, dans un tel cas, l'article 52, paragraphe 3, de la Charte serait complètement dépourvu de sens.

La protection du droit d'auteur sur les rapports militaires à la lumière de l'article 11 de la Charte

44. Selon l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, celle-ci s'adresse, entre autres, aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Il est clair que l'application par les juridictions allemandes, dans la procédure au principal, des dispositions assurant la transposition de la directive 2001/29 participe à la mise en œuvre du droit de l'Union. Elle est donc soumise aux dispositions de la Charte, notamment à l'obligation de respecter, dans cette mise en œuvre, la liberté d'expression, au sens de l'article 11 de la Charte, de Funke Medien. Or, plusieurs éléments dans la présente affaire conduisent à la conclusion selon laquelle la protection des documents en cause par le droit d'auteur serait contraire audit article de la Charte.

Les possibles limitations de la liberté d'expression

45. Le fait que la publication de documents confidentiels comme ceux en cause au principal relève de la liberté d'expression ne fait à mon avis aucun doute²⁴. Il est selon moi également clair que le droit d'auteur dont se prévaut la République fédérale d'Allemagne restreint la liberté d'expression²⁵. Ces points ne nécessitent pas plus de développements. De telles limitations de cette liberté ne sont pas interdites de manière absolue. Tant la CEDH, en son article 10, paragraphe 2, que la Charte, en son article 52, paragraphe 1, énumèrent les motifs pouvant justifier les limitations de la liberté d'expression et les conditions auxquelles elles doivent répondre.

21 Voir note explicative sur l'article 52 de la Charte.

22 Voir, respectivement, arrêts du 15 février 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, points 45 et 46, et jurisprudence citée), ainsi que du 5 avril 2017, Orsi et Baldetti (C-217/15 et C-350/15, EU:C:2017:264, point 15).

23 Ce que la Cour a d'ailleurs déjà constaté, voir arrêts du 5 octobre 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, point 53), et du 22 décembre 2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811, point 35).

24 Voir, notamment, parmi d'autres, arrêt de la Cour EDH du 19 janvier 2016, Görmüş e.a. c. Turquie (CE:ECHR:2016:0119JUD004908507, point 32).

25 Voir arrêt de la Cour EDH du 10 janvier 2013, Ashby Donald e.a. c. France (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, point 34).

46. Je ne vais pas entrer dans le débat portant sur l'éventuelle primauté des motifs de restriction de la CEDH sur ceux de la Charte dans les cas des libertés protégées de manière analogue par les deux instruments²⁶. Je propose plutôt de les considérer comme équivalents, ce qui répond à mon avis le mieux au postulat contenu à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, selon lequel les droits correspondants dans les deux instruments doivent avoir le même sens et la même portée.

47. En ce qui concerne la restriction de la liberté d'expression dans une situation telle que celle au principal, le motif le plus évident me semble être d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles en lien avec les exigences de la sécurité nationale. Ces deux motifs de limitation de la liberté d'expression sont expressément prévus à l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH.

48. La Charte n'est pas aussi explicite : l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci mentionne uniquement de manière générale les « objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ». Cependant, selon la note explicative sur l'article 52 de la Charte, ces intérêts englobent, outre les objectifs de l'Union énumérés à l'article 3 TUE, les intérêts des États membres que l'Union doit respecter. En particulier, cette note mentionne explicitement l'article 346 TFUE selon lequel « aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ». La sauvegarde de la sécurité nationale figure aussi parmi les « fonctions essentielles de l'État » que l'Union doit respecter en vertu de l'article 4, paragraphe 2, TUE.

49. Il en découle que la protection de la confidentialité de certaines informations aux fins de la sauvegarde de la sécurité nationale est un motif légitime de restriction de la liberté d'expression, tant au regard de la CEDH que de la Charte. Cependant, le litige au principal concerne la protection des documents en cause non pas en tant qu'informations confidentielles, mais en tant qu'objets du droit d'auteur. En effet, selon l'affirmation explicite du représentant du gouvernement allemand lors de l'audience, même si l'unique objectif de l'action contre Funke Medien est la protection des informations confidentielles contenues dans lesdits documents, la République fédérale d'Allemagne a considéré que la menace pour la sécurité de l'État qui découlait de leur divulgation n'était pas d'un degré justifiant l'atteinte à la liberté d'expression et de la presse. Ainsi, au lieu d'engager des poursuites pénales pour divulgation des informations confidentielles, cet État membre a recouru à une voie de droit « inhabituelle », à savoir la protection de son droit d'auteur sur ces documents.

50. Il convient donc de déterminer si la protection de ce droit d'auteur peut justifier la restriction à la liberté d'expression à la lumière de l'article 10 de la CEDH et de l'article 11 de la Charte.

Le droit d'auteur de l'État sur les rapports militaires en tant que motif justifiant la restriction de la liberté d'expression

51. L'exercice du droit d'auteur, en tant que droit subjectif, ne relève normalement d'aucun intérêt général. Le titulaire qui se prévaut de son droit d'auteur réalise non pas un intérêt général mais son intérêt particulier. Dès lors, si le droit d'auteur peut justifier la limitation des droits fondamentaux, comme la liberté d'expression, c'est au titre de la protection des droits d'autrui, motif de limitation prévu tant à l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH qu'à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte²⁷.

²⁶ Une analyse approfondie de cette problématique a été effectuée par Peers, S., dans Peers, S., e.a. (éd.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 1515 à 1521.

²⁷ Plus précisément, la Charte parle des « droits et libertés d'autrui », tandis que la CEDH se réfère uniquement aux « droits d'autrui ». Je considère toutefois que ces notions sont équivalentes.

52. Ces droits d'autrui comprennent, en premier lieu, les droits et les libertés garantis par la CEDH et par la Charte. Une telle situation de conflit des différents droits fondamentaux exige leur mise en balance²⁸. Le droit d'auteur, en tant que droit de propriété intellectuelle, est assimilé, pour les besoins de cette protection, au droit de propriété, garanti en vertu de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la CEDH et de l'article 17 de la Charte²⁹. La Cour a, à plusieurs reprises, reconnu la nécessité d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, y compris le droit d'auteur, et d'autres droits fondamentaux garantis par la Charte³⁰.

53. Cependant, il ne me semble pas que cette logique puisse s'appliquer dans la situation spécifique où, comme dans le cas d'espèce, le titulaire du droit d'auteur est un État membre. Les États membres, ainsi que les États signataires de la CEDH, sont non pas les bénéficiaires des droits fondamentaux mais leurs obligés. Ils ont l'obligation de respecter et de protéger ces droits non pas dans leur propre chef mais dans le chef des justiciables. En effet, contre qui les États protégeraient-ils leurs droits fondamentaux ? Évidemment pas contre eux-mêmes, alors contre les justiciables. Cela irait à l'encontre de la logique même des droits fondamentaux, telle que conçue depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui est de protéger non pas le pouvoir public contre le particulier mais le particulier contre le pouvoir public.

54. Bien entendu, je ne veux pas dire que l'État ne peut pas bénéficier du droit *civil* de propriété, y compris de propriété intellectuelle. Cependant, l'État ne saurait se prévaloir du droit *fondamental* de propriété afin de restreindre un autre droit fondamental garanti par la CEDH ou par la Charte.

55. Par ailleurs, même si l'on considérait que les droits d'autrui, mentionnés à l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH et à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, en tant que justification possible de la limitation de la liberté d'expression, englobent non seulement les droits protégés par ces instruments mais également d'autres droits, pour les mêmes raisons que celles développées ci-dessus, je pense que cette justification ne saurait être fondée sur les droits de l'État lui-même. En effet, si l'État pouvait se prévaloir de ses droits particuliers, autres que l'intérêt général, afin de limiter les droits fondamentaux, cela aboutirait à anéantir ces derniers.

56. Ainsi, l'unique motif sur lequel un État membre peut se fonder pour justifier la limitation d'un droit fondamental garanti par la CEDH ou la Charte est l'intérêt général. Or, comme je l'ai mentionné ci-dessus, dans le cas d'espèce, la République fédérale d'Allemagne a considéré que la restriction de la liberté d'expression et de la presse qui découlerait d'une poursuite contre Funke Medien pour divulgation des documents en cause au principal serait disproportionnée par rapport à l'intérêt général consistant en la protection de la confidentialité desdits documents. Dans une telle situation, l'État membre ne saurait se prévaloir, en lieu et place d'un intérêt général, de son droit d'auteur.

57. Même si l'on surmontait cette difficulté, par exemple en considérant que la protection des droits d'auteur de l'État relève de l'intérêt général, ce qui est à mon avis douteux, tant l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH que l'article 52, paragraphe 1, de la Charte exigent que les limitations à la liberté d'expression soient nécessaires³¹. Or, cette condition ne me semble pas remplie en l'espèce.

28 Voir, en ce sens, arrêt de la Cour EDH du 10 janvier 2013, *Ashby Donald e.a. c. France* (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, point 40). Voir, également, Peers, S., *op. cit.*, p. 1475.

29 L'article 17 de la Charte mentionne même expressément la propriété intellectuelle à son paragraphe 2.

30 Voir, pour un exemple récent, arrêt du 15 septembre 2016, *Mc Fadden* (C-484/14, EU:C:2016:689, points 82 à 84).

31 La Convention ajoute « dans une société démocratique », ce que la Charte tient probablement pour acquis. Je ne discute pas ici l'exigence de la nature légale des limitations, car la protection du droit d'auteur découle incontestablement de la loi.

La nécessité de la protection du droit d'auteur sur les rapports militaires

58. Le droit d'auteur réalise deux objectifs principaux. Le premier est la protection du lien personnel qui lie l'auteur à son œuvre en tant que sa création intellectuelle et donc, en quelque sorte, l'émanation de sa personnalité. Il s'agit principalement du domaine des droits moraux. Le deuxième objectif est de permettre aux auteurs d'exploiter économiquement leurs œuvres et de tirer ainsi un revenu de leur effort créatif. Il s'agit du domaine des droits patrimoniaux, objet de l'harmonisation au niveau du droit de l'Union. Pour qu'une restriction à la liberté d'expression découlant du droit d'auteur puisse être qualifiée de nécessaire, elle doit répondre au moins à un de ces deux objectifs. Or, il me semble que la protection par le droit d'auteur de rapports militaires tels que ceux en cause au principal ne répond à aucun d'entre eux.

59. Premièrement, en ce qui concerne la protection de la relation de l'auteur à son œuvre, il doit être observé que, si la République fédérale d'Allemagne peut être, par une sorte de fiction juridique, titulaire du droit d'auteur sur les documents en question, elle n'en est assurément pas, pour des raisons évidentes, l'auteur. Le véritable rédacteur ou, plus probablement, les rédacteurs, sont parfaitement anonymes, les documents en cause étant élaborés de manière continue et devant passer, comme chaque document officiel, un contrôle hiérarchique. Ces rédacteurs préparent les documents, ou des parties de ceux-ci, non pas dans le cadre d'une activité créatrice personnelle mais dans celui de leurs obligations professionnelles, comme fonctionnaires ou officiers³². Il n'y a donc pas, à proprement parler, de véritable auteur de ces documents au sens que ce terme a en droit d'auteur et il ne saurait, dès lors, être question de la protection de son lien avec l'œuvre.

60. Il est vrai que, comme le confirme le considérant 19 de la directive 2001/29, les droits moraux restent en dehors du champ d'application de celle-ci, comme d'ailleurs du droit de l'Union en général. Néanmoins, les droits d'auteur, aussi bien moraux que patrimoniaux, trouvent leur origine et leur justification dans la relation spéciale qui existe entre l'auteur et son œuvre. Ainsi, en l'absence d'auteur, point de droits d'auteur, tant moraux que patrimoniaux.

61. Deuxièmement, en ce qui concerne l'exploitation économique, il est avéré que l'unique objectif de l'action entreprise par la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire au principal était la protection du caractère confidentiel, non des documents en cause dans leur ensemble, une version de ceux-ci étant publiée sous forme des UdÖ, mais uniquement de certaines informations jugées sensibles. Or, cela se situe complètement en dehors des objectifs du droit d'auteur. Le droit d'auteur est donc ici instrumentalisé afin de poursuivre des objectifs qui lui sont totalement étrangers.

62. Ainsi, la République fédérale d'Allemagne, ayant considéré que l'intérêt de la protection des documents en cause en tant qu'informations confidentielles ne justifiait pas la restriction à la liberté d'expression qui en découlerait, a décidé d'obtenir le même résultat en invoquant son droit d'auteur sur ces documents, malgré le fait que le droit d'auteur poursuit des fins complètement différentes et qu'il n'est même pas établi que ces documents constituent des œuvres au sens de ce droit.

63. À mon avis, une telle pratique ne saurait être acceptée.

64. En effet, la restriction à la liberté d'expression qui découlerait de la protection par le droit d'auteur des documents en cause non seulement n'est pas nécessaire dans une société démocratique, mais elle lui serait hautement nuisible. L'une des fonctions les plus importantes de la liberté d'expression et de sa composante, la liberté des médias, spécifiquement mentionnée à l'article 11, paragraphe 2, de la Charte, est le contrôle du pouvoir par les citoyens, élément indispensable à toute société démocratique. Or, ce contrôle peut s'effectuer, entre autres, par la divulgation de certaines informations ou de certains documents dont le pouvoir voudrait dissimuler le contenu ou même

³² Voir aussi mes remarques relatives à la qualité d'œuvre de ces documents dans la partie des présentes conclusions consacrée à la recevabilité des questions préjudicielles.

l'existence (voire l'inexistence). Certaines informations doivent bien entendu rester secrètes, même dans une société démocratique, si leur divulgation constitue une menace pour les intérêts essentiels de l'État et, par conséquent, de cette société elle-même. Elles doivent dès lors être classifiées et protégées selon les procédures prévues à cet effet, appliquées sous contrôle judiciaire. Cependant, en dehors de ces procédures ou si l'État renonce lui-même à les appliquer, on ne saurait lui permettre d'invoquer son droit d'auteur sur n'importe quel document afin d'empêcher le contrôle de son action.

Conclusion de cette partie

65. Pour résumer, l'éventuelle protection par le droit d'auteur des documents en cause au principal ne relève pas du droit fondamental de la propriété intellectuelle et doit donc être analysée uniquement en tant que limitation à la liberté d'expression telle qu'énoncée à l'article 11 de la Charte. Or, cette limitation n'est pas nécessaire et ne répond effectivement à aucun intérêt général ni au besoin de la protection des droits d'autrui au sens de l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci.

66. Je propose donc à la Cour, si elle décide d'analyser les questions préjudicielles dans la présente affaire au fond, de répondre que l'article 11 de la Charte, lu conjointement avec l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'un État membre ne saurait se prévaloir du droit d'auteur découlant de l'article 2, sous a), et de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 afin d'empêcher la communication au public, dans le cadre d'un débat concernant les questions d'intérêt général, des documents confidentiels émanant de cet État membre. Cette interprétation ne fait pas obstacle à l'application par cet État membre, dans le respect du droit de l'Union, d'autres dispositions de son droit interne, notamment celles concernant la protection des informations confidentielles.

Les questions préjudicielles

67. Comme je l'ai signalé dans mes remarques liminaires, je propose à la Cour de reformuler les questions préjudicielles afin d'effectuer une analyse de l'applicabilité du droit d'auteur, tel qu'harmonisé en droit de l'Union, aux documents en cause au principal, à la lumière de la liberté d'expression. Cette analyse et, par conséquent, la solution préconisée se positionnent en amont des questions préjudicielles telles que formulées dans la décision de renvoi.

68. En effet, la première question préjudicielle concerne la marge de manœuvre dont disposent les États membres dans la transposition de la directive 2001/29. Comme l'indique la juridiction de renvoi dans sa demande, cette question a été posée dans le contexte de la jurisprudence de la Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale). Selon cette jurisprudence, dans le cas où les États membres disposent d'une marge de manœuvre dans l'application du droit de l'Union, cette application doit être appréciée à la lumière des droits fondamentaux tels qu'exprimés dans la Constitution allemande, tandis que, en l'absence d'une telle marge de manœuvre, seule la Charte serait pertinente comme point de référence. La Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale) aurait développé cette jurisprudence en conséquence de la jurisprudence de la Cour³³. Cependant, la réponse que je propose de donner découle entièrement de la relation entre des dispositions du droit de l'Union, à savoir celles de la directive 2001/29 et de la Charte, sans qu'il soit nécessaire d'analyser la marge de manœuvre des États membres.

³³ Notamment de l'arrêt du 26 février 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, point 29).

69. Par la deuxième question préjudicielle, la juridiction de renvoi s'interroge sur la possibilité (ou la nécessité) de prendre en compte la liberté d'expression aux fins de l'interprétation des exceptions au droit d'auteur prévues à l'article 5 de la directive 2001/29. Il est vrai qu'une telle prise en compte a été recommandée par la Cour dans l'arrêt *Deckmyn et Vrijheidsfonds*³⁴. La situation dans cette affaire était cependant différente de celle de la présente affaire. En effet, la solution dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Deckmyn et Vrijheidsfonds* était fondée sur la présomption de l'applicabilité de l'exception en cause (celle de parodie) au cas d'espèce³⁵. Il s'agissait de savoir si elle pouvait *ne pas* être appliquée, du fait que les intérêts légitimes des titulaires des droits d'auteur en question étaient contraires à cette application³⁶.

70. Dans la présente affaire, la juridiction de renvoi semble suggérer une interprétation large, influencée par la liberté d'expression, de la portée même et des conditions d'application des exceptions pouvant entrer en jeu. Cependant, je suis d'avis que, dans une configuration spécifique telle que celle du litige au principal, la protection accordée par le droit d'auteur doit être refusée, nonobstant l'éventuelle applicabilité d'une exception.

71. Par sa troisième question préjudicielle, la juridiction de renvoi invite la Cour à envisager la possibilité d'appliquer au droit d'auteur, au motif de la protection de la liberté d'expression, d'autres exceptions ou limitations que celles prévues par la directive 2001/29. La réponse que je propose de donner pourrait sembler favorable à la proposition avancée dans cette question préjudicielle. Il existe cependant une différence notable entre l'approche de la juridiction de renvoi et celle que je propose d'adopter dans les présentes conclusions. En effet, il est une chose de faire prévaloir la liberté d'expression sur le droit d'auteur dans une situation concrète et très spéciale, il en est une autre d'introduire dans le système de droit d'auteur harmonisé, en dehors des dispositions du droit de l'Union positif qui réglementent ce domaine, des exceptions et des limitations qui, par leur nature, auraient vocation à s'appliquer de manière générale.

72. Pour ces raisons, je propose à la Cour de ne pas analyser en détail les questions préjudicielles. En outre, ces mêmes questions ayant été posées dans deux autres affaires que j'ai déjà mentionnées, la Cour aura l'opportunité d'y répondre. Ces deux autres affaires concernent des situations typiques d'application du droit d'auteur, dans lesquelles l'analyse de ces questions trouvera toute son utilité.

Conclusion

73. Au vu de ce qui précède, je propose à la Cour soit de déclarer les questions préjudicielles posées par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) dans la présente affaire irrecevables, soit de répondre à ces questions de la manière suivante :

L'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lu conjointement avec l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'un État membre ne saurait se prévaloir de son droit d'auteur découlant de l'article 2, sous a), et de l'article 3, paragraphe 1, 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, afin d'empêcher la communication au public, dans le cadre d'un débat concernant des questions d'intérêt général, de documents confidentiels émanant de cet État membre. Cette interprétation ne fait pas obstacle à l'application par ledit État membre, dans le respect du droit de l'Union, d'autres dispositions de son droit interne, notamment celles concernant la protection des informations confidentielles.

³⁴ Arrêt du 3 septembre 2014 (C-201/13, EU:C:2014:2132, point 2, deuxième alinéa, du dispositif).

³⁵ « [À] supposer que le dessin en cause au principal réponde auxdites caractéristiques essentielles de la parodie [...] » (arrêt du 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, point 2, troisième alinéa, du dispositif).

³⁶ Arrêt du 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds* (C-201/13, EU:C:2014:2132, points 30 à 32).