

Bulletin du  
**droit  
d'auteur**

Vol. XXXV  
n° 2,  
avril-juin 2001

ÉDITIONS  
UNESCO



**Environnement  
numérique :  
la responsabilité  
en matière  
de droit d'auteur**

**Version  
électronique**

# Bulletin du droit d'auteur

Vol. XXXV, n° 2, 2001

## Conventions internationales : événements récents

### Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes

- 3 *Adhésion de Sainte-Lucie*
- 3 *Adhésion de la République du Kazakhstan*

## Doctrine

- 4 La responsabilité du fournisseur de services Internet pour atteinte au droit d'auteur en droit allemand et en droit européen, par Markus Stephanblome
- 42 La protection internationale des bases de données non créatives, par Frank Gotzen

## Activités de l'UNESCO

- 56 INFOéthique 2000

## Nouvelles et informations

- 67 Le droit d'auteur au Maroc, par Ahmed Hidass
- 86 La nouvelle loi libanaise sur le droit d'auteur, par Micheline Ferran

Le *Bulletin du droit d'auteur* est communiqué au public, via Internet, quatre fois par an en anglais, en français et en espagnol par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 7, place de Fontenoy, 75352 Paris 07 SP.

En coopération avec la Commission de la Fédération de Russie pour l'UNESCO et le Comité d'État pour la presse, une édition russe est publiée par les Éditions du Progrès, Zubovski Bulvar 17, Moscou GSP-3, 119847, Fédération de Russie.

Une édition chinoise est publiée en coopération avec l'Administration nationale du droit d'auteur de Chine, 85 Dongsì Nan Daijie, Beijing 100703, République populaire de Chine.

Directrice de la publication : Milagros del Corral Beltrán

Rédacteur en chef : Evgueni Guerassimov

Rédactrice en chef adjointe p. i. : Caroline Descombris

Les auteurs des articles sont responsables du choix et de la présentation des faits contenus dans les textes qu'ils signent, ainsi que des opinions qu'ils y expriment ; celles-ci ne correspondent pas nécessairement à celles de l'UNESCO et n'engagent donc en aucune façon la responsabilité de l'Organisation.

Les textes peuvent être librement reproduits et traduits (sauf lorsque le droit de reproduction et de traduction est réservé), à condition qu'il soit fait mention de l'auteur et de la source. Les demandes de reproduction et de traduction d'articles dont le droit de publication est réservé de même que la correspondance concernant les questions de rédaction doivent être adressées au Rédacteur en chef, *Bulletin du droit d'auteur*, Division de la créativité, des industries culturelles et du droit d'auteur, UNESCO, 1, rue Miollis, 75732 Paris Cedex 15. Tél. : 33.1.45.68.47.02 ; fax : 33.1.45.68.55.89 ; E-mail : E. Guerassimov@unesco.org Les lecteurs sont invités à commenter tous les matériaux du *Bulletin du droit d'auteur*. Les suggestions concernant les sujets qui pourraient y être traités ou les auteurs qui pourraient y publier des articles sont également bienvenues.

Les publications de l'UNESCO (livres, périodiques et documents), y compris les titres épuisés, sont disponibles sur microfiches. Pour tout renseignement, s'adresser au Service de la micrographie, Section des archives et de la micrographie (DIT/IR/AM), UNESCO, 7, place de Fontenoy, 75352 Paris 07 SP, France.

Composé par Susanne Almeida-Klein

© UNESCO, 2001

## CONVENTIONS INTERNATIONALES ÉVÉNEMENTS RÉCENTS

### **Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes**

#### **Adhésion de Sainte-Lucie**

Le 2 janvier 2001, l'instrument d'adhésion du gouvernement de Sainte-Lucie à la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes, adoptée à Genève le 29 octobre 1971, a été déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Conformément à son article 11, alinéa 2, la Convention entrera en vigueur pour Sainte-Lucie le 2 avril 2001, soit trois mois après la date à laquelle le Directeur général de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a informé les États, conformément à l'article 13, alinéa 4, du dépôt de son instrument.

L'adhésion de Sainte-Lucie porte à soixante-cinq le nombre total des États qui ont déposé un instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion visant la Convention précitée.

#### **Adhésion de la République du Kazakhstan**

Le 3 mai 2001, l'instrument d'adhésion du gouvernement du Kazakhstan à la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes, adoptée à Genève le 29 octobre 1971, a été déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Conformément à son article 11, alinéa 2, la Convention entrera en vigueur pour le Kazakhstan le 3 août 2001, soit trois mois après la date à laquelle le Directeur général de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a informé les États, conformément à l'article 13, alinéa 4, du dépôt de son instrument.

L'adhésion du Kazakhstan porte à soixante-six le nombre total des États qui ont déposé un instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion visant la Convention précitée.

## DOCTRINE

# La responsabilité du fournisseur de services Internet pour atteinte au droit d'auteur en droit allemand et en droit européen

Markus Stephanblome

### Sommaire

Introduction	4
Le droit allemand	6
Cas d'ouverture d'une action sur le fondement du droit d'auteur	6
Limitation de la responsabilité en vertu de la loi sur les services télématiques	8
Les directives de l'Union européenne	31
La directive sur la société de l'information	32
La directive sur le commerce électronique	34
Conclusion	39

### Introduction

Il s'agit ici d'un problème de causalité. Bien souvent, en effet, on peut voir qu'une œuvre susceptible d'être protégée a été copiée, distribuée ou affichée sans licence ou utilisée d'une autre manière en violation des droits de son auteur, mais souvent également il n'est pas aussi facile de discerner qui était en fait le contrefacteur. Quels sont les actes qui ont causé l'existence d'une nouvelle copie, de la distribution de l'œuvre, de l'affichage ? et qui, en droit, doit en porter la responsabilité ?

Longtemps, la jurisprudence et la doctrine sont restées assez indifférentes à ces questions. Au premier chef, le contrefacteur était la personne qui avait effectivement

fait la copie, l'avait vendue, et ainsi de suite. Le problème de la causalité ne se posait que pour les violations accessoires ou du fait d'autrui, telle l'atteinte indirecte consistant, par exemple, à fournir les moyens techniques permettant l'exécution de la contrefaçon.

Aujourd'hui, les supports numériques confèrent une dimension nouvelle à ces questions et estompent la distinction entre atteinte principale et atteinte indirecte : dès lors qu'elle est mise sous forme numérique, toute œuvre — à quelque catégorie qu'elle ait été censée appartenir à l'origine — se réduit à de simples données, substrat qui peut être déplacé, copié, transformé et reconverti sous une forme intelligible pour l'esprit humain. Du fait que les supports numériques introduisent une strate supplémentaire entre une personne et l'œuvre, et que cette nouvelle strate n'est commandée que par des dispositifs techniques, la possibilité de traiter l'œuvre elle-même n'est plus à sa portée.

C'est pourquoi il est beaucoup plus difficile de décider quels actes sont effectivement constitutifs d'une contrefaçon de l'œuvre représentée par des données, ou y contribuent. Cette question a pris une importance particulière pour ceux qui fournissent la majeure partie des contenus et se taillent la part du lion dans l'exploitation de l'infrastructure technique du monde de l'information numérique d'aujourd'hui, à savoir les fournisseurs de services Internet.

Les premières décisions judiciaires rendues en Allemagne indiquaient que les tribunaux tiendraient les fournisseurs de services en ligne généralement responsables de tout contenu illicite stocké dans leurs dispositifs de mémoire. L'opérateur d'un serveur de boîte aux lettres fut jugé responsable du logiciel protégé chargé sur son serveur par des utilisateurs sans qu'il eût connaissance d'atteintes précises au droit d'auteur<sup>1</sup> : il était tenu de veiller à ce qu'aucune atteinte au droit d'auteur ne soit réalisable par l'intermédiaire de son service.

Cependant, avec l'essor de l'Internet et les progrès de la technologie, la quantité de données résidant sur ces systèmes accessibles au public a aussi augmenté. C'est pour cette raison qu'en Allemagne, au lieu de laisser aux tribunaux le soin de se prononcer sur la responsabilité du fournisseur de services en ligne suivant les principes de la responsabilité du fait d'autrui et de la responsabilité indirecte, le législateur est intervenu pour la limiter. On examinera ici les limitations apportées par la loi à la responsabilité du fournisseur pour les atteintes au droit d'auteur sur les œuvres stockées sur son infrastructure technique ou traitées par l'intermédiaire de celle-ci. Cette analyse sera suivie d'un commentaire explicatif des dispositions de la directive en vigueur sur le commerce électronique et de la directive envisagée sur la société de l'information de l'Union européenne qui ont trait à cette question, d'où l'on dégagera en chaque cas les modifications qu'il va être nécessaire d'apporter en conséquence au droit allemand.

## Le droit allemand

### *Cas d'ouverture d'une action sur le fondement du droit d'auteur*

#### Violations possibles des droits

Ce qui compte surtout dans le contexte numérique, ce sont le droit de l'auteur de confectionner des exemplaires de son œuvre (art. 16 UrhG<sup>2</sup>), le droit de communiquer publiquement son œuvre sous une forme immatérielle (art. 15 (2) UrhG) et le droit de publier des œuvres dérivées (art. 23 UrhG). De plus, sur l'Internet, certains éléments de son droit moral sont exposés à des atteintes — le droit de première publication de l'œuvre (art. 12 UrhG), son attribution (art. 13, 39 et 63 UrhG) et son intégrité (art. 14 UrhG).

Les fournisseurs de services Internet — même si le plus souvent ce ne sont pas eux qui sont la cause première d'une atteinte à l'un de ces droits — peuvent engager leur responsabilité lorsqu'ils fournissent des services en réseau, parce que la part de responsabilité qu'ils ont dans l'organisation et le financement du service ou l'influence qu'ils exercent sur la nature et l'ampleur de l'atteinte peuvent être suffisantes pour établir leur responsabilité indirecte<sup>3</sup>.

#### *Droit de reproduction*

En stockant la copie d'une œuvre numérique sur son serveur, un fournisseur de contenu ou d'hébergement risque d'engager sa responsabilité au regard de l'article 16 UrhG pour cette copie et pour les copies créées par les utilisateurs dans leur mémoire vive ainsi que sur leur disque dur en naviguant dans l'Internet<sup>4</sup>, ou encore sur leur disque dur en téléchargeant le fichier. Les fournisseurs d'accès et de services pourraient être tenus responsables de toutes copies illicites faites par leurs clients à l'aide de leurs dispositifs techniques, ainsi que des copies qu'ils créent eux-mêmes dans le cours du processus technique de transmission des données. Enfin, quiconque offre un site Web permettant d'accéder à des copies illicites — qu'il s'agisse d'un particulier possédant sa propre page d'accueil ou d'un opérateur de moteur de recherche commercial — peut être responsable de nouvelles copies faites en violation du droit de reproduction.

#### *Exécution ou représentation publique*

En offrant la copie d'une œuvre sur un serveur pour survol ou téléchargement, les fournisseurs de contenu, y compris tout propriétaire de site Web, risquent d'engager leur responsabilité s'ils ne se sont pas assurés le droit de communiquer publiquement l'œuvre sous forme numérique. Bien que la loi (allemande) sur le droit d'auteur ne traite pas explicitement de la diffusion numérique des œuvres par les supports en

ligne et que l'on ne voie pas très bien si ce droit relève du droit de radiodiffusion (art. 15 (2) UrhG), il est constant qu'il existe au moins au titre du droit de communication au public (art. 15 (2) UrhG), le droit de radiodiffusion n'étant au surplus que l'une des catégories de droits énumérés dans la liste non limitative de l'article 15 (2) de la loi, lequel vise toute communication au public d'une œuvre qui ne se présente pas sur un support papier<sup>5</sup>. Quant aux fournisseurs d'accès et de services, ils peuvent engager leur responsabilité parce qu'ils fournissent les moyens techniques de communiquer publiquement une œuvre sous forme numérique. Enfin, le fait de relier l'utilisateur à un site Web qui communique publiquement des œuvres risque également d'être source de responsabilité à plus d'un titre.

### *Droit moral*

Il peut en outre y avoir responsabilité concernant la publication d'œuvres dérivées sur l'Internet en vertu de l'article 23 UrhG, la publication initiale d'une œuvre (art. 12 UrhG), la publication sans désignation de l'auteur (art. 13 UrhG) ou la déformation de l'œuvre (art. 14 UrhG).

### **Moyens de recours en cas d'atteinte au droit d'auteur**

Les atteintes au droit d'auteur sont susceptibles de sanctions pénales et civiles.

- Les violations intentionnelles — y compris les tentatives de violation — du droit de reproduction et du droit de communication au public, que ce soit dans un contexte privé ou dans un contexte commercial, constituent des délits pénaux (art. 106, 108 UrhG).
- La partie lésée peut exiger que le contrefacteur mette fin à l'atteinte à son droit et qu'il s'abstienne de nouvelles atteintes. Il peut demander notamment la suppression d'un site Web contenant des copies illicites. Lorsque l'atteinte a été commise intentionnellement ou par négligence, le titulaire des droits peut aussi demander des dommages-intérêts, la remise des gains réalisés par le contrefacteur ou le versement d'une redevance de licence appropriée. Pour que l'atteinte soit intentionnelle, il faut que son auteur en ait connaissance ou bien qu'il y ait de sa part connaissance de la possibilité d'une atteinte et acquiescement. La négligence est un manquement au devoir de vigilance qui consiste, par exemple, à s'assurer de la validité d'une licence ou d'une limitation du droit d'auteur, ce qui oblige, entre autres, les intéressés à vérifier la validité d'un droit d'utilisation qui leur a été concédé. Les fournisseurs de services Internet ont donc, en vertu des dispositions générales du droit d'auteur, l'obligation potentielle de s'assurer de la licéité des œuvres offertes sur leurs sites Web ou transmises par l'intermédiaire de leurs services, à défaut de quoi ils risquent de s'exposer au versement de dommages-intérêts ou à des sanctions pénales. Ils peuvent en outre être contraints de condamner les parties de leurs services qui contiennent



des copies illicites et de prendre des mesures pour éviter de nouvelles violations — même s'il n'y a aucune faute de leur part<sup>6</sup>.

- Les réparations civiles imposées en matière de copies illicites comprennent en outre la destruction ou la remise des copies en question, ou toute autre mesure jugée nécessaire par le tribunal en vertu de l'article 98 UrhG. Le matériel essentiellement destiné à la fabrication de ces copies est soumis aux mêmes dispositions (art. 99 UrhG). S'il suffit d'effacer les copies numériques illicites, les mesures de destruction relatives au matériel technique du prestataire peuvent être plus sévères, si ce dernier servait presque exclusivement au stockage ou à la transmission de copies illicites. Cet argument peut être utilisé, par exemple, pour les serveurs MP3.

L'ensemble de ces responsabilités potentielles a conduit le législateur à leur assigner expressément des limites.

### *Limitation de la responsabilité en vertu de la loi sur les services télématiques (loi sur les téléservices)*

Les dispositions du droit allemand relatives à la responsabilité des fournisseurs de services Internet ne sont pas limitées au droit d'auteur. Elles sont rédigées d'une manière assez large pour couvrir tout type de responsabilité concernant des contenus en ligne. Il reste cependant que l'interprétation des dispositions générales de la loi doit varier en fonction du type de violation à l'origine de la responsabilité. Dans le présent article, nous examinerons ces dispositions du point de vue de leur effet sur le droit d'auteur. Cependant, la jurisprudence relative à d'autres types de violations n'est pas sans intérêt pour nous — dans la mesure, en particulier, où très peu de décisions rendues à ce jour traitent de la responsabilité en matière de droit d'auteur au regard de ces dispositions relativement récentes.

#### **La loi sur les téléservices et le Traité des Länder sur les médias**

Deux sources de droit intéressent ce sujet, à savoir la loi fédérale sur les téléservices<sup>7</sup> (*Teledienstegesetz* — TDG) et la loi commune aux Länder établie en vertu du Traité des Länder sur les médias (*Mediendienste-Staatsvertrag* — MDStV). Ces deux textes sont le fruit d'un compromis atteint à l'issue d'une controverse juridique qui a opposé les instances fédérales et les Länder à propos de leurs compétences législatives respectives, la question étant de savoir si les services Internet sont des services de diffusion. Les données en ligne sont téléchargées à la demande de l'utilisateur et communiquées à un utilisateur à la fois, tandis que les services diffusés sont reçus simultanément<sup>8</sup>. En définitive, les instances législatives fédérales et les Länder ont adopté des dispositions quasiment identiques dans l'article 5 TDG et l'article 5 MDStV. Les tribunaux interprètent ces articles de la même manière, y compris

lorsque leur formulation est différente, dans la mesure où il est précisé que la loi sur les téléservices a pour but de « créer des conditions économiques uniformes pour les différentes utilisations des services d'information et de communication électroniques » (art. 1 TDG) — interprétation justifiée au regard des travaux préparatoires<sup>9</sup>.

Pour cette raison, la plupart des tribunaux — et le présent article — s'appuient essentiellement sur les dispositions fédérales contenues dans la TDG.

### Champ d'application de la loi sur les téléservices

La loi sur les téléservices limite la responsabilité du fournisseur de services (art. 5 TDG). Cette disposition est applicable à tous les fournisseurs de services au sens de la loi, ceux-ci étant « des personnes physiques ou morales qui mettent leurs propres téléservices ou ceux de tiers à disposition ou fournissent l'accès à ces téléservices » (art. 3 TDG).

Les téléservices sont « tous les services électroniques d'information et de communication destinés à permettre l'utilisation individuelle de données combinables, telles que caractères, images ou sons, et fondés sur la transmission par télécommunication » (art. 2 (1) TDG). Sont expressément cités, entre autres, « les services fournissant l'accès à l'Internet ou à d'autres réseaux » (art. 2 (2) TDG).

Par conséquent, toutes les catégories de fournisseurs de services Internet bénéficient des limitations de responsabilité prévues à l'article 5 TDG, dans la mesure où leur activité porte sur des contenus, et non sur des services purement techniques<sup>10</sup>. Les fournisseurs de services purement techniques de télécommunication régis par la loi sur les télécommunications<sup>11</sup> ne sont pas visés par ce texte (art. 2 (4) TDG). Leurs services ont si peu à voir avec les contenus qu'ils ne risquent pas d'engager leur responsabilité à cet égard. Ainsi, les compagnies de téléphone ou les opérateurs de routeurs, par exemple, ne sont pas régis par la loi sur les téléservices, alors que les fournisseurs de contenu, les fournisseurs d'hébergement et les fournisseurs d'accès le sont. Que ces téléservices soient payants ou non et qu'ils aient ou non un caractère commercial n'entrent pas en ligne de compte (art. 2 (3) TDG). En conséquence, même les particuliers qui ont leur propre page d'accueil font partie des fournisseurs de contenu au sens de la loi.

### Limitation de la responsabilité en vertu du paragraphe 5 TDG

L'article 5 TDG (Responsabilité) stipule ce qui suit<sup>12</sup>:

- «(1) Les prestataires de services sont responsables des contenus propres qu'ils mettent à la disposition du public selon les règles de droit commun.
- (2) Les prestataires de services ne sont responsables des contenus d'autrui qu'ils mettent à la disposition des utilisateurs que dans la mesure où ils ont connaissance de ces contenus et où il leur est techniquement et raisonnablement possible d'en empêcher l'utilisation.

- (3) Les prestataires de services ne sont pas responsables des contenus d'autrui auxquels ils fournissent simplement l'accès. Le stockage automatique et temporaire de contenus de tiers à la demande d'un utilisateur est considéré comme fourniture d'accès.
- (4) L'obligation d'empêcher l'accès à des contenus illicites résultant des règles de droit commun reste entière, si le prestataire de services vient à prendre connaissance de ces contenus dans le respect des dispositions relatives au secret des télécommunications prévues par l'article 85 de la loi sur les télécommunications et s'il lui est techniquement et raisonnablement possible d'en empêcher l'accès.»

### *Examen général de l'article 5 TDG*

L'article 5 TDG assigne des limites à la responsabilité potentielle des fournisseurs de services dans tous les domaines du droit, indépendamment du type de sanction prévu. Ses dispositions s'appliquent à la responsabilité civile, pénale et administrative<sup>13</sup>, donc à tout type de responsabilité en matière de droit d'auteur, entraînant notamment sanctions pénales, dommages-intérêts et injonctions<sup>14</sup>. Elles sont essentiellement considérées comme spécifiquement destinées à régir la causalité: l'article 5 TDG répond à la question de savoir si un acte du fournisseur peut être regardé comme étant à l'origine de la violation<sup>15</sup>.

Les alinéas (1) à (3) de l'article 5 TDG reconnaissent trois catégories de fournisseurs de services — souvent appelés fournisseurs de contenu, d'hébergement et d'accès. Le législateur a établi ces catégories en prenant pour critère la fonction, ce qui veut dire qu'un seul et même fournisseur de services peut entrer dans plusieurs catégories, s'il accomplit plusieurs fonctions, par exemple s'il fournit l'accès à des données sur l'Internet et si en même temps il offre ses propres contenus sur son propre serveur. La responsabilité du fournisseur peut varier suivant la fonction exercée.

Si bien qu'un même contenu peut créer une responsabilité de type différent selon le service fourni: il peut en effet être mis à disposition par un fournisseur d'hébergement et transmis sur le réseau par un fournisseur d'accès.

Ces trois catégories ont été définies de manière à couvrir tous les services ayant pour objet des contenus qui sont susceptibles de se rencontrer sur l'Internet<sup>16</sup>. Afin d'éviter les lacunes aussi bien que les chevauchements, les dispositions de l'article 5 (1) à (3) TDG doivent être interprétées comme étant complémentaires et s'excluant mutuellement: les contenus sont soit ceux du fournisseur lui-même, soit ceux d'un tiers — ce qui distingue l'article 5 (1) d'une part, et de l'autre, l'article 5 (2) et (3). Par ailleurs, ou bien on met ces contenus à disposition pour utilisation, ou bien le service fourni permet simplement d'y accéder — c'est la distinction qui résulte, d'une part, de l'article 5 (1) et (2), et de l'autre, de l'article 5 (3).

Ces deux distinctions déterminent les trois catégories de services suivantes:

- *Fournisseurs de contenu, article 5 (1) TDG.* Les fournisseurs de contenu (a) fournissent leurs propres contenus et (b) les mettent à la disposition du public. Ou bien ils ont créé ces contenus, ou bien ils en ont assumé la responsabilité, et ils les ont stockés dans des dispositifs de mémoire qui sont à eux ou qui dépendent d'eux. Quiconque crée un site Web sur son propre serveur ou sur un espace Web loué sur un serveur qui l'héberge entre dans cette catégorie.

L'article 5 (1) a une fonction de clarification : il réaffirme la responsabilité de plein droit des fournisseurs de contenu en vertu des règles de droit commun<sup>17</sup>. Dans le contexte du droit d'auteur, celles-ci prescrivent, en cas de violation, les sanctions évoquées plus haut. Rien ne justifie l'exonération de responsabilité, dans la mesure où — tout comme dans les médias classiques — chacun est responsable des contenus dont il est entièrement maître<sup>18</sup>. Même l'existence de grandes quantités d'informations, par exemple, dans le contexte d'une organisation, ne peut servir d'excuse. Une organisation peut mettre en place un système de surveillance adéquat ou décider de ne pas mettre telle information en circulation. Autrement, il lui faut accepter le risque d'être tenue responsable de son contenu.

- *Fournisseurs d'hébergement, article 5 (2) TDG.* Les fournisseurs d'hébergement (a) fournissent des contenus d'autrui et (b) les mettent à disposition. Ils stockent les contenus de tiers — généralement ceux d'un client — dans leurs propres dispositifs de mémoire, que ces derniers leur appartiennent ou qu'ils les aient pris en location. Le plus souvent, les fournisseurs d'hébergement sont, par exemple, des opérateurs de serveurs qui louent de l'espace de stockage à des opérateurs de sites Web, ou des opérateurs de groupes de discussion non modérés qui acceptent des articles d'utilisateurs de l'Internet.

Au regard de l'article 5 (2), le fournisseur d'hébergement n'est pas tenu responsable des contenus, (a) s'il n'a pas connaissance des contenus illicites ou (b) s'il lui est techniquement et raisonnablement impossible d'en empêcher l'utilisation. La raison en est qu'un fournisseur d'hébergement n'est généralement pas en mesure de contrôler le contenu de son serveur : dans la plupart des cas, la quantité des données stockées et la fréquence des entrées de données sont trop grandes pour permettre l'établissement d'un mécanisme de contrôle manuel, surtout si le fournisseur d'hébergement ne télécharge pas les contenus, mais a accordé l'accès direct à ses clients. Le contrôle automatique, au moyen par exemple de logiciels de filtrage, n'est pas capable d'exécuter la tâche difficile consistant à distinguer le matériel licite du matériel illicite. Les données qui se présentent sous des formats inhabituels ou les données comprimées ou codées peuvent même ne pas être lisibles pour le fournisseur. Qui plus est, la surveillance privée n'est pas encouragée pour des raisons d'intérêt général : les communications sur l'Internet sont très souvent d'ordre privé et il existe d'autres informations confidentielles qui ne doivent pas être connues du prestataire. Il peut s'agir encore de libre expression que ce dernier n'est pas censé

empêcher. Enfin, il se peut, dans l'hypothèse où le fournisseur est en mesure d'identifier les contrefaçons, qu'il soit trop difficile, voire impossible, de les retirer sans bloquer l'accès à tout un service.

C'est pourquoi, au lieu d'imposer l'obligation de surveiller les contenus, le texte exige simplement que l'on traite les contenus connus conformément à la loi. Cela veut dire que le fournisseur est tenu à réparation dès lors qu'il découvre ou se voit notifier la présence de matériels illicites, s'il ne retire pas ceux-ci immédiatement alors qu'il en aurait les moyens techniquement et que cela lui serait raisonnablement possible. Sa responsabilité tient à la simple connaissance des faits et elle n'est pas subordonnée à une décision de justice.

- *Fournisseurs d'accès, article (3) TDG.* Les fournisseurs d'accès (a) fournissent des contenus d'autrui et (b) font simplement en sorte que l'on puisse y accéder. Ce service consiste essentiellement à transporter des données, sans qu'il y ait stockage permanent. Le fournisseur d'accès type raccorde l'utilisateur final à l'Internet en connectant son installation au réseau.

Comme les fournisseurs d'hébergement, ces prestataires ne peuvent ni ne doivent surveiller les données transportées grâce aux connexions qu'ils assurent. Mais, même s'ils sont au courant du passage régulier de données illicites sur leurs lignes, ils sont dans l'impossibilité de séparer les données en question des autres. Comme ils ne stockent pas les données de manière permanente — contrairement aux fournisseurs d'hébergement —, ils ne peuvent pas les contrôler. Voilà pourquoi le fournisseur d'accès est exonéré de toute responsabilité, même s'il a connaissance de l'existence de contenus illicites.

Par fiction juridique fondée de l'article 5 (3) TDG, le stockage en mémoire cache est assimilé à la fourniture d'accès, bien que, pendant un bref laps de temps, les contenus ainsi stockés puissent être utilisés. La raison en est que le fournisseur de mémoire cache ne peut contrôler des données stockées automatiquement et temporairement comme peut le faire un fournisseur d'hébergement, s'agissant de données stockées de manière permanente. Sa situation ressemble davantage à celle du fournisseur d'accès, qui est en contact temporaire avec les données et qui, sur le plan technique, procède en stockant temporairement de petits paquets de données pendant le temps nécessaire à leur transmission d'un nœud à l'autre.

- *Responsabilité, article 5 (4) TDG.* L'article 5 (1) à (3) TDG s'applique à tout type de responsabilité encourue par les différentes catégories de fournisseurs. Pour ce qui est du droit d'auteur, il s'agit essentiellement de la responsabilité fondée sur la faute — avec les dommages-intérêts prévus par l'article 97 I UrhG et les sanctions pénales prévues par l'article 106 de la même loi — et de la stricte obligation de cesser les atteintes ou de s'en abstenir par la suite en vertu de l'article 97 I UrhG.

Bien que la formulation n'en soit pas très claire, l'article 5 (4) TDG rétablit partiellement la responsabilité objective<sup>19</sup> : il stipule que les limitations prévues

par l'article sont sans effet sur l'obligation d'empêcher l'accès si l'atteinte vient à la connaissance du fournisseur et si celui-ci est en mesure d'empêcher l'accès. À première vue, « l'obligation d'empêcher l'accès » pourrait renvoyer à n'importe quel type de responsabilité<sup>20</sup>, parce que, abstraction faite des dispositions limitant la responsabilité, c'est la violation intentionnelle ou par négligence de cette obligation qui ouvre la voie à des dommages-intérêts et à des sanctions pénales. Mais pour être exact, la responsabilité civile ou pénale est engagée dès que des contenus illicites sont mis en ligne. Elle résulte en premier lieu de la violation de l'interdiction de porter activement atteinte aux droits des auteurs, et non de l'obligation de mettre fin à une telle violation une fois qu'elle a été commise. Cela dit, l'obligation de mettre fin à une violation du droit d'auteur, c'est-à-dire d'empêcher l'accès, est imposée afin de protéger à l'avenir le titulaire des droits, et non pour le dédommager ou pour punir le contrefacteur de ses actes passés. C'est pourquoi la responsabilité n'est pas subordonnée à la faute et n'existe pas avant qu'une atteinte soit constatée. L'article 5 (4) TDG ne concerne que cette responsabilité objective.

Cette disposition est sans effet en ce qui concerne les fournisseurs de contenu. Ceux-ci sont responsables de toute façon, en vertu des règles de droit commun (art. 5 (1) TDG). Et il n'y a pas de raison d'interpréter l'article 5 (4) TDG comme limitant la responsabilité de plein droit des fournisseurs de contenu aux cas où ceux-ci apprennent l'existence d'une violation et où il est raisonnablement permis de s'attendre qu'ils interdisent l'utilisation du matériel illicite. L'article 5 (1) TDG visait simplement à préciser que les fournisseurs de contenu sont responsables de plein droit à tous égards. Si l'on s'en rapporte aux travaux préparatoires, il y a même lieu de penser que l'article 5 (1) TDG ne concerne au départ que la responsabilité fondée sur la faute<sup>21</sup>. De sorte que la responsabilité objective « resterait entière » de toute façon — même si l'article 5 (4) TDG ne le disait pas.

S'agissant des fournisseurs d'hébergement, ces dispositions ne changent rien non plus, puisque l'article 5 (4) TDG stipule à peu près les mêmes obligations que l'article 5 (2) TDG. Le fait que la connaissance nécessaire pour qu'il y ait responsabilité doit être acquise en conformité avec les dispositions sur le secret des télécommunications est sans effet sur l'article 5 (2) TDG, en vertu duquel toute connaissance des faits suffit pour mettre un terme à l'exonération de responsabilité.

Par conséquent, l'article 5 (4) TDG sert essentiellement à exonérer les fournisseurs d'accès<sup>22</sup>. Ces derniers sont exempts de toute responsabilité fondée sur la faute en vertu de l'article 5 (3) TDG, mais peuvent malgré tout être tenus de mettre fin à une atteinte qui est venue à leur connaissance, si cela leur est techniquement et raisonnablement possible. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la plupart du temps, il n'est pas possible pratiquement au fournisseur de filtrer les contenus illicites passant par la connexion d'un utilisateur, même lorsqu'il en a

connaissance. Mais cette disposition permet au moins de faire face aux cas bien tranchés : elle interdit l'application de l'article 5 (3) TDG aux conduites illicites délibérées des fournisseurs d'accès, lesquels peuvent se voir contraints, par exemple, d'interrompre une connexion Internet qui serait constamment utilisée à des fins manifestement illicites.

### *Jurisprudence*

On relève un certain nombre de cas où le juge n'a pas réussi à identifier correctement la catégorie à laquelle appartenait le fournisseur ou à distinguer entre dispositions concernant la responsabilité objective et la responsabilité fondée sur la faute.

- « *Compuserve* » et l'article 5 (3) TDG. Le plus notoire est le jugement rendu en première instance dans l'affaire « *Compuserve* »<sup>23</sup>. Le directeur général de *Compuserve Germany* a été condamné au pénal pour avoir intentionnellement fourni au public l'accès à des documents de pornographie hard et pour avoir par négligence fourni l'accès à du matériel dangereux pour les mineurs, ce parce qu'il avait établi à l'intention des clients allemands de *Compuserve USA* une connexion aux groupes de discussion et aux jeux de cette dernière aux États-Unis.

Cinq groupes de discussion contenant du matériel à caractère pédophile sont restés accessibles par l'intermédiaire de *Compuserve Germany*, alors même que le serveur américain en avait condamné l'accès sur notification du Ministère public. Par ailleurs, un certain nombre de forums exploités par des entrepreneurs indépendants sur un serveur de *Compuserve USA* fournissaient aux utilisateurs allemands des jeux dangereux pour les mineurs.

Lors du procès, les experts ont certifié que *Compuserve Germany*, qui se contentait de fournir aux clients allemands de *Compuserve USA* une connexion avec les États-Unis, n'avait pas techniquement les moyens de filtrer ces contenus. Bien qu'après ce témoignage l'avocat général lui-même ait demandé l'acquiescement, le juge a condamné le défendeur pour complicité avec *Compuserve USA* et rejeté toute limitation de responsabilité au titre de l'article 5 TDG. Il a considéré *Compuserve Germany* comme n'étant pas un fournisseur d'accès, parce qu'il n'avait pas de clients en propre et ne fournissait pas directement l'accès à l'Internet, mais se contentait de connecter les clients de *Compuserve USA* aux installations américaines. Et parce que *Compuserve USA* était un fournisseur d'hébergement et que les deux sociétés faisaient partie du même groupe, elles ont été tenues conjointement responsables des groupes de discussion au regard de l'article 5 (2) TDG et des jeux au regard de l'article 5 (1) TDG.

Le jugement a été sévèrement critiqué et cassé en appel<sup>24</sup>. Il va de soi que la filiale ne pouvait être tenue responsable des agissements de sa société mère. Une filiale n'est pas maître des décisions prises par sa société mère et doit donc

être considérée comme une entité distincte en matière de responsabilité. Compuserve Germany ne pouvait empêcher l'accès qu'à la totalité de ses utilisateurs. Mais elle n'y a pas été contrainte, compte tenu de l'article 5 (3) TDG. Dans la mesure où elle se contentait de fournir l'accès à des données de tiers, elle était exonérée de toute responsabilité pénale. C'était exactement le type de situation justifiant les limitations prévues par l'article 5 (3) TDG : il était techniquement impossible de filtrer les contenus illicites pour les extraire de l'ensemble des données transmises et Compuserve Germany ne pouvait raisonnablement fermer l'ensemble de son service. D'ailleurs, il n'est pas nécessaire qu'un fournisseur d'accès ait ses propres clients<sup>25</sup> ou fournisse l'accès direct à l'Internet pour pouvoir bénéficier de la responsabilité limitée, même si le fournisseur d'accès type remplit parfois ces conditions.

- «*Tolerantes Brandenburg*» et l'article 5 (3) et (4) TDG. Un autre cas révèle les tâtonnements des tribunaux dans l'application de l'article 5 TDG. Il concerne une action en justice entreprise par un député CDU/CSU contre le Ministère de l'éducation, de la jeunesse et des sports de l'État du Brandebourg<sup>26</sup>. «*Tolerantes Brandenburg*», le site Web du ministère, contenait des articles présentés par de jeunes auteurs à l'occasion d'un concours organisé par le gouvernement, avec pour thème la violence, l'extrémisme de droite et la discrimination à l'égard des femmes. Un article était intitulé «Le CDU a une position fasciste». En dépit de la notification du plaignant, cet article était resté sur le site.

Le tribunal n'a pas adressé d'injonction au ministère. Il a appliqué un principe de jurisprudence élaboré à l'intention des émissions de télévision, le principe du «marché des opinions». Tant qu'il reste clair d'après la teneur d'une émission que l'animateur de celle-ci ne prend pas parti et qu'il a réuni un échantillon d'opinions de toutes tendances, il n'est pas responsable du contenu de telle ou telle déclaration. C'est en fonction de ce critère que le tribunal a conclu à l'exonération de responsabilité prévue à l'article 5 (3) TDG.

Tout d'abord, c'est une erreur manifeste que de considérer le ministère comme un fournisseur d'accès. Les articles étaient stockés sur son serveur et par conséquent mis à la disposition des utilisateurs<sup>27</sup>. Le ministère entrait donc dans le champ d'application de l'article 5 (1) ou (2) TDG. Si le tribunal a invoqué l'article 5 TDG non pas de prime abord, mais seulement à l'appui de ses conclusions, c'est sans doute parce qu'il n'était pas tout à fait sûr d'avoir bien fait en considérant le ministère comme justiciable de l'alinéa 3 de cet article. Dans la mesure où les faits qui lui étaient reprochés avaient été portés à la connaissance du ministère au moyen d'une notification et où celui-ci aurait pu aisément empêcher l'accès au matériel incriminé, il n'y avait pas de limitation de responsabilité — que les articles aient été considérés comme des contenus de tiers<sup>28</sup>, du fait de l'affichage sur le site Web d'une formule dégageant la responsabilité du ministère (art. 5 (2) TDG), ou comme des contenus propres au ministère en tant qu'organisateur du concours (art. 5 (1) TDG).



Par ailleurs, même si le ministère s'était contenté de fournir l'accès, par exemple, au moyen de liens permettant d'appeler un autre serveur, il y aurait eu responsabilité au regard de l'article 5 (4) TDG. S'il y avait eu obligation stricte d'empêcher l'accès en vertu des règles de droit commun, l'article 5 (4) aurait prévalu sur l'article 5 (3), vu qu'il y avait connaissance des faits et qu'il était raisonnablement possible de retirer l'article.

Cela étant — dans la mesure où l'article 5 TDG tend simplement à limiter la responsabilité et non à l'établir — il restait possible d'invoquer l'exception du « marché des opinions » pour se défendre de l'accusation de diffamation, de sorte qu'en fin de compte la bonne application de l'article 5 TDG n'aurait pas modifié l'issue du procès<sup>29</sup>.

- *« Online-Casino » et l'article 3 TDG.* Autre cas : celui d'un casino en ligne sur le serveur d'une société de jeux vénézuélienne. Celui-ci n'avait pas obtenu l'autorisation nécessaire des autorités allemandes et était par conséquent illégal, dans la mesure où les utilisateurs allemands pouvaient y entrer. Le défendeur avait obtenu l'enregistrement du nom du site Web auprès d'InterNIC<sup>30</sup> et gérait un serveur de noms de domaine pour le site accessible d'Allemagne. Il faisait en outre office de contact permanent pour InterNIC.

Le tribunal<sup>31</sup> a émis une injonction, déclarant sans motiver sa décision que l'article 5 (2) TDG était applicable, mais que le défendeur avait connaissance de la situation et qu'il lui était raisonnablement possible de mettre fin à ses agissements, de sorte que la responsabilité n'était pas limitée. Il ajoutait qu'en vertu au moins de l'article 5 (4) il y avait responsabilité objective et obligation stricte de s'abstenir de soutenir le casino.

Les deux affirmations étaient fausses. L'article 5 TDG n'était nullement applicable. Pour être fournisseur de services au sens de l'article 5 TDG, il faut mettre à disposition des télé-services, qu'il s'agisse des siens propres ou de ceux d'un tiers, ou fournir l'accès à ces services, ainsi qu'il est dit dans l'article 3 TDG. Obtenir l'inscription d'un nom n'équivaut pas à fournir l'accès à des télé-services. De plus, un serveur de noms de domaine fonctionne comme un répertoire : il permet de trouver automatiquement l'adresse IP qui correspond à un nom de site. Il n'établit pas lui-même de connexion et n'est donc pas un service de fourniture d'accès.

Le tribunal d'appel<sup>32</sup> a reconnu que l'article 5 TDG n'était pas applicable, mais pour une raison fautive : il a en effet considéré que l'article 5 (1) à (3) régissait uniquement la responsabilité fondée sur la faute, non l'obligation de s'abstenir de fournir des services Internet. Il a toutefois cherché à s'appuyer sur la catégorie du fournisseur. Bien sûr, il n'a pas réussi à faire entrer le défendeur dans l'une quelconque des trois catégories, dans la mesure où elles combinent les éléments contenus dans la définition que l'article 3 TDG donne des fournisseurs de services, le défendeur ne correspondant pas à cette définition (voir plus haut). Le tribunal a fini par conclure à l'applicabilité des règles de droit com-

mun en vertu de l'article 5 (4) TDG, de sorte que le résultat était correct. Cela dit, l'article 5 (4) TDG n'était pas pertinent en l'occurrence. En tant qu'exception à l'article 5 (1) à (3) TDG, il n'a de sens que si, au départ, l'une de ces dispositions est applicable. Comme les autres alinéas de l'article 5 TDG, il n'est pas applicable si le défendeur n'est pas un fournisseur de services. Les règles de droit commun sont donc applicables ici indépendamment de la TDG.

- *La suspension d'une enquête relative aux fournisseurs et l'article 5 (4) TDG.* Bien que ne constituant pas une décision de justice, la position du procureur général concernant les poursuites pénales contre les fournisseurs de services Internet, laquelle est exposée dans les motifs de suspension d'une enquête<sup>33</sup>, a suscité un surcroît d'inquiétude parmi les fournisseurs de services.

Par l'intermédiaire d'un certain nombre de fournisseurs allemands, les utilisateurs pouvaient accéder à des articles émanant d'un journal d'extrême gauche, articles dont la publication constituait un délit pénal, dans la mesure où ils faisaient de la publicité à des organisations terroristes et encourageaient et soutenaient publiquement des agissements criminels. Le procureur général a adressé une notification aux fournisseurs, puis il a mené une enquête sur ceux qui n'avaient pas immédiatement rendu impossible l'accès à ces articles. Il a été mis fin à cette enquête pour des raisons de procédure, mais le procureur général a exposé son opinion concernant la responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet.

À son avis, l'article 5 (3) TDG n'exonère pas les fournisseurs d'accès de la responsabilité pénale, parce que, en vertu de l'article 5 (4), l'obligation de rendre impossible l'accès à des contenus illicites demeure entière en vertu des règles générales de droit commun, y compris des dispositions du Code pénal. Cette interprétation ne rend pas l'article 5 (3) superflu; celui-ci précise simplement que le fournisseur d'accès n'a pas l'obligation de surveiller les contenus.

Mais ce n'est pas ce que donnent à penser la teneur des travaux préparatoires et la formulation de la loi (voir plus haut). L'article 5 (4) TDG était censé viser uniquement la responsabilité objective, la responsabilité pénale.

### *Éléments de l'article 5 TDG*

Quatre éléments sont importants, lorsqu'il s'agit de décider de la catégorie à laquelle appartient le fournisseur de services et d'évaluer le niveau de limitation de responsabilité. Il convient de se demander: (i) si le fournisseur met des contenus à la disposition du public ou s'il en fournit simplement l'accès, (ii) si les contenus sont siens ou ceux d'un tiers, (iii) si le fournisseur a connaissance de la présence de contenus illicites et (iv) s'il lui est techniquement et raisonnablement possible d'empêcher l'accès à ces contenus.

*Mettre à disposition et fournir l'accès*

Le premier élément permet de décider si le défendeur ne porte aucune responsabilité en tant que fournisseur d'accès au titre de l'article 5 (3) TDG ou s'il est responsable au sens de l'article 5 (1) ou (2) TDG en qualité de fournisseur de contenu ou d'hébergement.

*Définition.* Mettre des contenus à disposition, pour un fournisseur, cela veut dire les stocker dans ses propres dispositifs de mémoire, lesquels sont accessibles en ligne au public. Les contenus stockés sur le serveur d'un tiers sont regardés comme étant mis à disposition par le fournisseur uniquement s'ils peuvent être assignés à celui-ci<sup>34</sup>. De la raison d'être de l'article 5 (2) TDG — le fournisseur n'est pas en mesure d'exercer une surveillance par avance, mais il peut aisément rendre impossible l'accès aux données, dès lors qu'il devient conscient de leur caractère illicite —, il découle que les contenus doivent être assignés au fournisseur, s'il est en mesure d'agir sur eux individuellement.

En revanche, fournir une connexion permettant d'accéder à des données stockées sur le serveur d'un tiers, sans avoir les moyens d'empêcher l'accès à celles-ci individuellement — parce qu'on ne peut agir sur la connexion en tant que telle, soit pour l'établir, soit pour la supprimer —, cela n'est autre que de la fourniture d'accès. Cette fonction se résume à un simple transport et présente un caractère essentiellement technique<sup>35</sup>.

*Exemples.* La location d'espace Web — par exemple, le fait d'installer son site Web sur le serveur de quelqu'un d'autre tout en conservant la possibilité d'y accéder pour le modifier de temps à autre — entraîne l'applicabilité de l'article 5 (1) à (2) aussi bien au propriétaire du site qu'au fournisseur d'espace. Ceux-ci sont l'un comme l'autre en mesure de contrôler le site et considérés comme le mettant à disposition.

Mettre en mémoire les articles de quelqu'un d'autre sur son propre site revient à les mettre à disposition, en ceci qu'il est possible de les retirer sans difficulté. Il s'ensuit que le ministère qui, dans l'affaire «Tolerantes Brandenburg» (voir plus haut), a inséré dans sa page d'accueil un article diffamatoire reçu à l'occasion d'un concours organisé à l'intention des jeunes, est un fournisseur d'hébergement, voire un fournisseur de contenu, et non pas — comme l'a estimé le tribunal — un simple transporteur.

Un fournisseur met également des contenus à la disposition du public sur le serveur d'un tiers, lorsque ce tiers est une filiale et que lui-même peut exercer un contrôle suffisant par le biais des mécanismes de gestion de la société. Mais en aucun cas une filiale ne met des contenus à disposition pour la simple raison que ceux-ci sont stockés chez elle par sa société mère. La filiale n'est pas en mesure de décider de ces contenus<sup>36</sup>. La décision rendue par le tribunal dans l'affaire «Compuserve» (voir plus haut), à savoir que Compuserve Germany avait mis à disposition les contenus de sa société mère américaine, a été cassée en appel.

*Exception prévue à l'article 5 (3) 2 TDG.* L'article 5 (3) 2 TDG établit une exception à la définition. Bien que, du point de vue technique, le stockage en mémoire cache intermédiaire doit normalement être considéré comme mise à disposition de contenus, puisque le fournisseur stocke sur son propre serveur des contenus auxquels il peut accéder sans restriction, la loi considère ce type de service comme de la fourniture d'accès. Le stockage en mémoire cache est le « stockage automatique et temporaire de contenus provenant de tiers à la demande de l'utilisateur ». Son but est l'efficacité du service : il facilite et accélère l'accès aux serveurs éloignés. Mais, pour parvenir à ce résultat, le fournisseur fait ce que, généralement, seuls font les fournisseurs d'hébergement : il stocke des contenus de tiers sur son propre serveur. À chaque fois qu'un utilisateur appelle un site Web hébergé sur un serveur éloigné par l'intermédiaire de son fournisseur de services, ce dernier télécharge le site et le stocke temporairement sur le serveur intermédiaire. L'utilisateur suivant qui appelle le même site peut accéder rapidement à cette copie, sans avoir à appeler à nouveau la page du site d'origine. Le serveur éloigné est simplement invité à indiquer si son contenu a changé dans l'intervalle et s'il convient de mettre à jour la copie mise en mémoire cache. Dès que la capacité du serveur intermédiaire est utilisée à son maximum, les fichiers les moins utilisés sont retirés.

Dans la mesure où il ne peut décider des sites qui seront appelés et mis en mémoire cache et où ces sites ne demeurent dans son serveur que jusqu'au moment où ils vont être retirés ou remplacés, le fournisseur ne peut exercer le degré de contrôle à la portée d'un fournisseur d'hébergement qui stocke des données de manière permanente. Voilà pourquoi la loi exonère ce fournisseur de la responsabilité au même titre qu'un fournisseur d'accès. Mais dès que le contenu demeure plus longtemps sur son serveur, l'article 5 (3) 2 TDG concernant l'aspect temporaire du stockage cesse de s'appliquer et le fournisseur en question tombe sous le coup de l'article 5 (2) TDG<sup>37</sup>.

*Liens hypertexte.* Les liens renvoyant à un site Web qui contient du matériel illicite peuvent-ils engager la responsabilité du propriétaire du site à partir duquel ils sont activés ? Cela n'est pas expressément dit dans la loi. On est en général d'accord pour considérer que l'article 5 TDG est applicable aux liens, parce qu'il régit la responsabilité concernant les contenus accessibles sur la toile et que les liens constituent un moyen classique d'accéder à ces contenus<sup>38</sup>. Mais nombreux sont les points de vue concernant la catégorie à laquelle rattacher un fournisseur de liens.

Certains commentateurs estiment qu'un lien relève dans tous les cas de la fourniture d'accès<sup>39</sup>. Comparable à une citation, le lien est un simple outil destiné à aider l'utilisateur, qui autrement devrait taper l'adresse lui-même. Le propriétaire du site à partir duquel sont activés les liens est sans pouvoir sur le contenu des sites appelés à partir des liens ; il est donc exonéré de toute responsabilité au titre de l'article 5 (3) TDG. À s'en tenir à ce point de vue, même la création intentionnelle de liens renvoyant à tel ou tel fichier illicite sur un site tiers demeurerait impunie.

D'autres commentateurs distinguent selon le contexte<sup>40</sup>. Selon eux, un fournisseur de liens qui renvoie consciemment vers tel ou tel contenu illicite sur un autre site Web, fait sien ce contenu et doit en conséquence être considéré comme mettant ce contenu à la disposition du public : il intègre en effet le contenu de l'autre site dans son propre site en le plaçant à distance d'un simple clic. Cette analyse met en relation deux éléments distincts de la catégorisation du fournisseur : lorsque, dans certaines circonstances, un site renvoie par des liens à un autre site, le contenu de ce dernier peut devenir « contenu propre » du fournisseur de liens (voir plus loin). D'après cet avis, cela veut forcément dire aussi que le fournisseur de liens met ce contenu à disposition du public, puisque la simple fourniture d'accès à ses contenus propres n'est en toute logique pas possible. Donc, un fournisseur de liens relève soit de l'article 5 (3) TDG et est exonéré de toute responsabilité — si le lien est considéré comme une simple citation —, soit de l'article 5 (1) TDG et sa responsabilité est entière — si les circonstances sont telles qu'il fait siens les contenus d'un tiers.

Il est possible d'établir une différenciation plus adéquate entre ces deux extrêmes :

- la création de liens, au premier niveau du moins, ne peut jamais être simple fourniture d'accès<sup>41</sup>. Le propriétaire du lien peut normalement suivre celui-ci et examiner le contenu de la page à laquelle il aboutit, tout du moins lorsque la page d'appel n'est pas créée par un utilisateur et que la page cible est statique. Ce n'est pas la situation classique pour le fournisseur d'accès qui est sans pouvoir sur les données cibles. Même si le fournisseur de liens n'est pas maître de la page cible, il l'est en revanche du lien lui-même. Or, le fait que les contenus cibles changent ou ne peuvent être surveillés dans leur totalité, est d'ordinaire également vrai pour les fournisseurs d'hébergement, et relève de la condition relative à la connaissance et aux possibilités raisonnables d'action prévue à l'article 5 (2) TDG.

Il n'y a pas de raison pour que l'on soit exonéré de la responsabilité lorsque l'on sait l'existence de contenus illicites et que l'on peut raisonnablement en rendre l'accès impossible, tout simplement en supprimant le lien<sup>42</sup>. C'est pourquoi, généralement, la question de la responsabilité porte sur le fait de savoir si le contenu cible est ou non un contenu propre (art. 5 (1) ou (2) TDG).

Toutefois, la quantité de contenus accessible par une série de liens augmente dans d'énormes proportions, les liens se succédant. Afin de ne pas rendre un fournisseur de liens responsable de tout ce qui se trouve sur l'Internet, s'il vient à en avoir connaissance, il faut accorder à celui-ci l'exonération de responsabilité au titre de l'article 5 (3) TDG<sup>43</sup>.

Par conséquent, la plupart des commentateurs limitent la responsabilité en vertu de l'article 5 (1) et (2) TDG au site Web appelé le plus proche, la responsabilité cessant pour les nouveaux liens figurant sur la page appelée<sup>44</sup>. Mais cette solution manque de souplesse. Le degré de proximité du lien ne suffit pas à indiquer le degré de contrôle exercé sur les contenus cibles. Le critère permet-

tant d'exclure la responsabilité du fournisseur au titre de l'article 5 (3) TDG doit être le degré de complexité de la structure du lien : il faut qu'il soit devenu tel qu'on ne puisse plus dire du fournisseur qu'il « met les contenus cibles à disposition ». Autrement, un fournisseur pourrait dégager sa responsabilité en créant simplement un lien vers une page qui contient un seul lien, voire un lien automatique, renvoyant à la page illicite.

Dans sa décision « Vergleichende Werbung » (Publicité comparative)<sup>45</sup>, un tribunal de première instance a ignoré ce problème. L'affaire portait sur une publicité comparative illégale présentée sur le site Web d'une société sœur américaine du défendeur, à laquelle on pouvait accéder à partir de la page d'accueil allemande du défendeur par une série de trois liens, c'est-à-dire en cliquant sur *Internet homepage in english*, puis en sélectionnant *antivirus-center*, on parvenait à un article dont les deux derniers mots (*Find out*) servaient de lien avec le contenu illicite. L'injonction préliminaire a été émise au seul motif que le contenu illicite était accessible par l'intermédiaire du site Web du défendeur. Dans ce cas au moins, il aurait été bon d'accorder une pensée au contexte et au degré d'éloignement du contenu illicite avant d'appliquer au défendeur l'article 5 (1) TDG.

- Le même raisonnement s'applique même au premier lien, lorsque le contrôle qui peut être exercé sur le site Web appelé directement est d'ores et déjà limité, soit parce que la page cible est dynamique, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un journal ou d'une revue en ligne, soit parce que le site d'appel est automatiquement créé à la demande de l'utilisateur, par exemple, par un moteur de recherche. Dans ces circonstances, le lien lui-même ou sa cible ne peut être contrôlé individuellement, ce qui encore une fois nous ramène au cas du fournisseur d'accès<sup>46</sup>. Un tribunal a récemment adopté ce point de vue pour les marques commerciales contenues dans les liens d'un moteur de recherche, sans s'occuper de savoir si la page d'appel était automatiquement produite à la demande de l'utilisateur ou si elle faisait partie d'un catalogue systématique<sup>47</sup>.

#### *Contenu propre ou contenu d'autrui*

Les fournisseurs peuvent mettre à la disposition du public des contenus propres ou des contenus d'autrui. Selon le cas, le fournisseur est responsable de plein droit en vertu de l'article 5 (1) TDG ou peut être exonéré de la responsabilité en vertu de l'article 5 (2) TDG, à condition de satisfaire aux conditions contenues dans cette disposition.

*Définition.* Les contenus propres sont les contenus créés par ou pour le fournisseur ou des contenus qui ont été créés par des tiers, mais qu'il a faits siens en les traitant et en y faisant référence de manière telle qu'il s'identifie objectivement à eux<sup>48</sup>.

Pour faire siens les contenus d'un tiers, le fournisseur doit avoir fait plus que les stocker simplement sur son serveur. Ces contenus doivent être comparables à des

contenus propres, c'est-à-dire ne poser au fournisseur aucun de ces problèmes qui ont amené le législateur à introduire les exonérations prévues à l'article 5 (2) et (3) TDG. La condition la plus importante est que le fournisseur doit avoir choisi et acquis ces contenus individuellement<sup>49</sup>.

Un certain nombre de critères ont été proposés afin de décider si un fournisseur a fait sien tel ou tel contenu :

- Le fournisseur a expressément dit ou a du moins donné objectivement l'impression qu'il considère les contenus stockés sur son site comme siens ou qu'il en assume l'entière responsabilité<sup>50</sup>.
- Le fournisseur n'a pas précisé sur son site Web que les contenus ont été créés ou présentés par un tiers, et cela ne ressort pas du contexte.

Par exemple, dans l'affaire « Compuserve », le tribunal a considéré l'absence d'indications touchant le fait que les forums contenant des jeux dangereux pour les mineurs accessibles sur les serveurs de Compuserve USA étaient gérés par des tiers comme une raison pour juger Compuserve responsable de ses propres contenus en vertu de l'article 5 (1) TDG. Il a été fait appel de cette décision au motif que Compuserve Germany faisait seulement office de fournisseur d'accès pour Compuserve USA.

Dans sa décision « Dernière minute »<sup>51</sup>, un tribunal d'appel a interdit au défendeur de publier sur son site Web des offres d'un certain nombre de voyagistes en les présentant comme des offres « de dernière minute ». La date des voyages proposés n'entrait pas dans le délai réglementaire de quatorze jours et les annonces étaient par conséquent trompeuses. Le tribunal a retenu la responsabilité du défendeur, considérant les annonces comme siennes — bien que passées pour des tiers —, parce qu'il n'était pas fait mention des voyagistes concernés sur son site.

- Même s'il est évident que les contenus émanent de quelqu'un d'autre, il se peut que le fournisseur ne s'en soit pas suffisamment dissocié ou qu'il les ait approuvés<sup>52</sup>.
- Il se peut que le fournisseur soit en fin de compte maître des contenus, non pas sur un plan purement technique, parce que tout fournisseur d'hébergement peut contrôler le contenu de son serveur, mais parce que c'est lui qui a le dernier mot s'agissant de savoir s'il convient de retirer ou de modifier des contenus. Par exemple, l'opérateur d'un site contenant des sharewares, qui décide pour chaque programme s'il va ou non le mettre en ligne, peut être responsable de plein droit au titre de l'article 5 (1) TDG des exemplaires illicites de logiciels non destinés à être diffusés gratuitement.
- Parfois aussi, l'analyse fait intervenir des critères économiques : si le tribunal chargé de l'affaire « Compuserve » en première instance a retenu la responsabilité de la société, c'est parce que le groupe Compuserve tout entier retirait des profits de la fourniture d'accès à des contenus illicites.

*Liens hypertexte.* Toujours du point de vue de l'appartenance des contenus fournis,

la loi n'est pas très claire en ce qui concerne les liens. En règle générale, un fournisseur de liens peut prétendre que les contenus cibles sont des contenus d'autrui. Seuls quelques commentateurs considèrent les contenus cibles comme étant généralement des contenus propres<sup>53</sup>. Une telle règle, par son excès de sévérité, mettrait en danger le lien en tant qu'élément de base du système d'hyperliens de l'Internet.

Par conséquent, les fournisseurs de liens ne sont considérés comme ayant fait leur la page cible que dans des cas particuliers. Quelques grands principes ont été énoncés dans la décision «Unipool»<sup>54</sup>. Le tribunal a retenu la responsabilité du défendeur pour avoir créé des liens entre sa page d'accueil et le site anglais d'Unipool, lequel contenait des publicités trompeuses pour un produit vendu par lui. Le tribunal a reconnu que les liens sont généralement des citations que l'on n'est pas obligé de surveiller. Mais, dans ce cas précis, les contenus cibles étaient devenus des contenus propres du défendeur.

- Le tribunal a pris en considération le fait que le site cible complétait l'offre du défendeur. L'objectif du site, qui était de donner des informations sur le produit en question et de lui faire de la publicité, ne pouvait être atteint qu'avec le complètement accessible par le lien. Ce dernier n'avait donc pas seulement pour rôle d'apporter un surcroît de confort à l'utilisateur, il faisait partie intégrante du service du défendeur.

Il faut donc considérer le lien dans son contexte, à savoir le contenu de la page d'appel, les mentions qui l'accompagnent, le texte ou l'image constituant le lien et la cible du lien : s'agit-il d'un lien direct avec le fichier illicite ou le lien en question conduit-il à une page d'accueil générale<sup>55</sup>? Par ailleurs, la fonction du lien au sein de la structure du site Web a son importance. Celui-ci conduit-il hors du site ou sa cible fait-elle partie intégrante du site ?

- De plus, dans l'affaire «Unipool», le tribunal a pris en considération le fait que le site appelé apparaissait sous le même nom de domaine que le site d'appel. Deux opérateurs figurant sous le même nom de domaine donnent pour le moins l'impression d'être associés. Le tribunal a incidemment estimé que les liens intégrés — notamment la présence dans le code source du site d'une commande ordonnant au navigateur de charger automatiquement un site tiers et de l'intégrer au site visité — et, d'une manière générale, les liens qui masquent le fait qu'une partie des contenus viennent d'un tiers, doivent aussi être considérés comme des contenus propres.

Il n'est pas sans importance que des contenus d'autrui apparaissent comme étant ceux du fournisseur, cela a déjà été établi en première instance dans l'affaire «Compuserve» (voir plus haut). Si la page cible donne l'impression de faire partie du système du fournisseur et que celui-ci ne précise pas qu'il n'est pas responsable du contenu cible, les tribunaux se montrent davantage disposés à appliquer l'article 5 (1) TDG.

- Si, toutefois, les tribunaux ont l'impression que le lien a précisément pour but de conduire à un contenu illicite, il arrive souvent que même la présence d'une



formule tendant à dégager la responsabilité du fournisseur ne les empêche pas de déclarer celui-ci responsable de plein droit.

Dans une autre affaire de responsabilité attachée à la présence de liens hypertexte<sup>56</sup>, le tribunal a imposé des dommages-intérêts pour diffamation. Le site du défendeur communiquait par un lien avec une page Web qui ne contenait que des articles négatifs concernant le plaignant et qui a été considérée comme diffamatoire. Le lien était accompagné d'une formule visant à dégager la responsabilité du fournisseur («Les articles ci-après n'engagent que leurs auteurs»), mais le tribunal n'en a pas moins considéré les contenus en question comme ceux du défendeur (même s'il n'a pas mentionné l'article 5 TDG).

- Autre élément pris en compte, l'affiliation commerciale. Même si ce principe a été mal appliqué dans l'affaire «Compuserve», dans laquelle la filiale a été tenue responsable des agissements de sa société mère, les tribunaux ont tendance à retenir la responsabilité des sociétés qui créent des liens conduisant aux contenus illicites d'une société affiliée. Dans l'affaire «Vergleichende Werbung» (voir plus haut), une société allemande a été tenue responsable au regard de l'article 5 (1) TDG de publicités comparatives figurant sur la page cible de sa filiale aux États-Unis, en dépit du fait que l'utilisateur devait passer par un certain nombre de liens avant d'atteindre les éléments illicites, au motif que ce dernier serait amené à identifier la filiale avec la société allemande.

D'une manière plus générale, si le fournisseur est en mesure d'influer de manière sensible sur les contenus ou si ceux-ci présentent un intérêt particulier pour lui — par exemple en raison de son affiliation à une autre entité commerciale — il peut plus aisément entrer dans la catégorie des fournisseurs de contenu.

- Bien sûr, l'article 5 TDG ne peut pas limiter la responsabilité concernant un lien qui viole déjà la loi de par sa nature même — si le texte ou l'image sur lequel l'utilisateur clique pour activer le lien est d'ores et déjà illicite. Celui-ci fait partie du site Web d'origine et le propriétaire de ce site est responsable de plein droit de son propre contenu : dans l'une des affaires «FTP-Explorer»<sup>57</sup>, le site du défendeur était relié à un site de téléchargement auquel on accédait en cliquant sur le mot «FTP-Explorer». Le plaignant, qui était propriétaire de la marque de commerce «Explorer», a obtenu que le défendeur se voie interdire l'usage de cette dernière. Comme, pour sa défense, celui-ci invoquait aussi l'article 5 TDG, le tribunal a jugé nécessaire de rejeter cet argument en disant que le défendeur avait fait sien le contenu du site de téléchargement du tiers par le simple fait d'établir des liens. Cette remarque était non seulement fautive, mais inutile. Comme le tribunal avait déjà retenu que les liens eux-mêmes constituaient une utilisation de la marque, le défendeur était de prime abord dans l'illégalité. La question n'était pas de savoir si ce dernier s'était rendu responsable de l'utilisation de la marque d'un tiers en offrant un programme de ce nom pour téléchargement. Le tribunal aurait dû, si tant est que l'article 5 TDG ait été

pertinent dans ce cas, prendre en considération son but implicite en déterminant si un lien peut en soi constituer une utilisation d'une marque, par opposition à une simple citation du nom d'un logiciel appartenant à un tiers.

### *Connaissance*

La connaissance des contenus illicites est une condition nécessaire pour qu'il y ait responsabilité au titre de l'article 5 (2) et (4) TDG. Comme, dans les affaires d'injonction, la connaissance naît, en général, au plus tard de l'action en justice, elle est surtout déterminante dans les actions en dommages-intérêts avec application de l'article 5 (2) TDG.

D'après cette disposition, il faut qu'il y ait connaissance véritable, et non simple manquement à l'obligation de prudence. Elle a été spécifiquement rédigée de manière à exclure toute obligation de surveillance des contenus d'autrui. Si elle risque d'encourager les fournisseurs à fermer délibérément les yeux, elle a au moins le mérite d'exclure les violations intentionnelles, puisqu'elle offre au titulaire du droit d'auteur sur une copie illicite figurant dans un serveur la possibilité de se défendre en notifiant le fournisseur, donc en faisant qu'il y ait connaissance.

*Objet de la connaissance.* Dans le droit allemand, les conditions nécessaires pour qu'il y ait connaissance varient d'un domaine à l'autre. Par exemple, le juge estime qu'il y a intention délictueuse dès que le défendeur connaît les faits que la loi considère comme source de responsabilité pénale, tandis que, dans la législation sur les délits civils, connaissance veut dire connaissance de l'illicéité de la conduite.

Aussi, lorsque la connaissance fait partie des conditions justifiant l'engagement d'une action en justice, il faut interpréter la disposition pertinente suivant les règles applicables dans le domaine du droit concerné. Mais s'agissant de l'article 5 (2) TDG, qui s'applique à n'importe quelle forme de responsabilité, l'objet de la connaissance n'est pas évident.

D'une manière générale, les tribunaux et les commentateurs considèrent comme nécessaire uniquement la connaissance du contenu lui-même<sup>58</sup>, c'est-à-dire du fait que tel fichier réside en permanence sur le serveur du fournisseur ou sur un site avec lequel il communique par des liens hypertexte, etc. C'est au fournisseur de voir par lui-même si son contenu est licite ou non. Si ce n'était pas le cas, le fournisseur expérimenté et diligent se verrait pénalisé pour connaître la loi.

Mais les atteintes au droit d'auteur, en particulier, sont souvent loin d'être évidentes, même lorsque le fournisseur connaît le fichier concerné sur son serveur. Pour juger de la licéité d'un fichier, il doit non seulement connaître la loi, mais aussi connaître d'autres faits concernant la création de l'œuvre, son auteur, les licences, etc.

Tout récemment, la décision « AOL MIDI » a traité de la question de la connaissance dans le contexte du droit d'auteur<sup>59</sup>. AOL avait été condamné à verser des dommages-intérêts à un titulaire de droits d'auteur pour avoir maintenu des copies

illicites de ses fichiers MIDI dans un forum musical. Ces copies avaient été téléchargées par des utilisateurs, et étaient restées accessibles pour téléchargement après une vérification effectuée pour AOL par des recruteurs bénévoles. Le champ « Propriétés » des fichiers ne faisait pas apparaître de mention de réserve de droit d'auteur et les recruteurs n'avaient pas inspecté le code des fichiers contenant la mention en question.

Le cas relevait de l'article 5 (2) TDG, dans la mesure où le défendeur mettait à disposition des fichiers téléchargés sur son serveur par des tiers. Pour qu'il y ait obligation à dommages-intérêts, il fallait donc qu'il y ait connaissance. Pour le tribunal, il n'était pas nécessaire que la connaissance ait pour objet l'illicéité, il fallait simplement qu'elle porte sur le contenu lui-même. Connaître la chanson visée et son titre suffisait. Mais le tribunal est allé plus loin, déclarant que le fournisseur aurait dû se douter que des fichiers de musique populaire étaient encore protégés, car il est très rare qu'un auteur accepte de mettre ses compositions à disposition pour téléchargement gratuit, et estimant en outre que ses recruteurs — la connaissance que ceux-ci acquièrent doit être attribuée au fournisseur — auraient dû être capables de repérer la mention de réserve de droit d'auteur dans le code. Donc, apparemment, l'article 5 (2) TDG voudrait qu'outre la simple connaissance de la présence de tel ou tel fichier sur son serveur, il y ait faute de la part du fournisseur, ce qui pourrait se dire comme suit : si l'illicéité d'un fichier ne peut être déduite de l'apparence du fichier lui-même, et s'il faut, pour l'établir, avoir connaissance de faits supplémentaires — tels ceux qui ont trait à la violation du droit d'auteur —, le fournisseur n'est responsable que dans la mesure où il avait la possibilité de prendre conscience de ces faits.

Dans ce cas précis, le fournisseur aurait dû savoir que la plupart des airs populaires sur l'Internet sont des copies illicites, de sorte qu'il avait l'obligation d'examiner les faits susceptibles d'attester la violation. Ses recruteurs n'ont pas vérifié les fichiers avec suffisamment de soin, sinon ils auraient trouvé la mention de droit d'auteur, de sorte que le fournisseur aurait pu se rendre compte du caractère illicite du fichier et qu'il devait être considéré comme ayant connaissance de la situation au sens de l'article 5 (2) TDG.

Seule cette interprétation permet de préserver le sens de la limitation de la responsabilité du fournisseur introduite par la loi. S'il suffisait de connaître la simple existence d'un fichier susceptible d'être protégé, on en serait, pour ce qui est de la responsabilité du fournisseur, au même point qu'avant l'introduction de la limitation par la loi : le prestataire hébergeant la musique, les documents graphiques et les logiciels d'autrui, aurait l'obligation d'examiner chaque fichier, y compris en ce qui concerne des faits qui ne sont pas évidents d'après le fichier lui-même. Or la loi sur les téléservices avait pour but d'exclure l'obligation de surveillance en raison de son impraticabilité, dans la mesure où une telle obligation signifierait tout simplement la fin de nombreux services d'hébergement.

*Degré de connaissance.* Les avis diffèrent aussi quant au degré de certitude néces-

saire pour qu'il y ait connaissance. Si les commentaires officiels<sup>60</sup> sur la loi donnent à penser que le *dolus eventualis* — le défendeur considère un fait comme possible et l'approuve dans le cas où il se confirmerait — suffit, la majorité des commentateurs estiment que la certitude est nécessaire à la connaissance<sup>61</sup>.

Le tribunal chargé de l'affaire «AOL MIDI» a jugé le *dolus eventualis* suffisant, s'agissant non pas de la présence d'un fichier sur le serveur, mais des faits qui lui confèrent son caractère illicite.

*Notification.* Le législateur n'a pas établi de procédure de notification, considérant comme allant de soi que celle-ci contribue à la connaissance: on peut obtenir le retrait de matériel illicite en adressant une notification au fournisseur, c'est-à-dire en portant la situation à sa connaissance, condition préalable pour qu'il y ait responsabilité au sens de l'article 5 (2) TDG.

Dans la mesure où le fait de connaître l'existence de matériel illicite est la seule condition nécessaire à cet égard, n'importe qui — services administratifs, titulaires du droit d'auteur ou tierces parties — peut adresser une notification au fournisseur. On a pensé qu'en l'absence de notification officielle, il était possible de se reposer sur les forces d'autocontrôle de la Toile<sup>62</sup>. Malheureusement, cela ouvrait aussi la voie à des abus du fait de demandes de retrait injustifiées. Soucieux de réduire ce risque, certains commentateurs sont d'avis que la notification doit être suffisamment précise pour que la condition de connaissance soit remplie: il faut qu'elle permette au fournisseur de trouver facilement les contenus visés. Et dans le contexte du droit d'auteur, ils estiment que la notification doit contenir des faits précis permettant de vérifier l'existence de droits d'auteur<sup>63</sup>. En fin de compte, ces préoccupations peuvent toutes trouver leur solution dans les conditions nécessaires à la connaissance mentionnées plus haut. Le fournisseur n'est responsable que si la notification précise quels sont les fichiers en cause et, dans le contexte du droit d'auteur, apporte suffisamment de renseignements supplémentaires pour qu'il y ait effectivement connaissance. Si c'est le cas, la notification est justifiée. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si la notification n'est pas suffisamment claire, passer outre n'engage pas la responsabilité, parce que la notification ne contenait pas assez de précisions pour induire la connaissance chez le fournisseur. Les abus dus aux demandes de retrait non fondées sont de ce fait exclus.

#### *Possibilité raisonnable*

En vertu de l'article 5 (2) et (4) TDG, les fournisseurs sont responsables uniquement s'il leur est techniquement et raisonnablement possible d'empêcher l'utilisation des contenus illicites. L'élément important est l'aspect raisonnable, car il est toujours techniquement possible au fournisseur d'empêcher l'accès à des contenus illicites — ne serait-ce, au pire, qu'en renonçant à la totalité de ses services. Cela dit, l'appréciation de ce qui est techniquement possible demeure importante lorsqu'il s'agit de juger de ce qui est raisonnable. Sans doute est-il possible de démanteler tout un serveur,

mais il peut être nécessaire, pour déterminer s'il est raisonnablement possible d'empêcher l'utilisation de contenus illicites figurant sur ce serveur, de savoir auparavant s'il est techniquement possible d'isoler et de retirer ces contenus individuellement.

Un critère permet de déterminer ce qui est raisonnable : il s'agit, lorsqu'on pèse les intérêts respectifs de la collectivité et des parties privées, de voir si le préjudice résultant de l'interdiction de l'accès à des contenus illicites est hors de proportion par rapport à l'importance des droits qui ont été violés et de la réparation correspondante<sup>64</sup>.

Il convient d'apprécier les aspects suivants :

- Quels sont les intérêts en cause pour le titulaire du droit d'auteur ou le concessionnaire de licence, quelle est leur importance et dans quelle mesure sont-ils menacés par le contenu illicite ?
- Quels sont les intérêts en cause du côté du fournisseur, quelle est leur importance et dans quelle mesure souffriront-ils des mesures nécessaires pour rendre impossible l'accès aux contenus illicites ?
- Jusqu'à quel point les mesures prises contribueront-elles à protéger les intérêts du titulaire du droit d'auteur et ceux de la collectivité<sup>65</sup> ?

Il convient en appréciant ces différents éléments de garder à l'esprit le fait que les intérêts des parties en présence ne se situent pas sur le même plan : l'acte du fournisseur constitue d'ores et déjà une violation, de sorte que son auteur ne peut échapper à l'obligation de supprimer l'accès aux contenus illicites dans la mesure où le préjudice qui en résulterait pour lui serait disproportionné<sup>66</sup>.

*Les intérêts du titulaire du droit d'auteur/de la licence.* Le titulaire du droit d'auteur ou d'une licence a intérêt à ce que ses droits patrimoniaux et son droit moral sur l'œuvre concernée soient protégés. Les gains résultant de la publication de l'œuvre constituent un élément important, de même les pertes potentielles résultant de la diffusion numérique illicite : que vaut un exemplaire de l'œuvre ? Quel est le degré d'efficacité de la diffusion sur l'Internet ? Quel est le degré de fréquentation du site Web ? Les copies sont-elles susceptibles d'être communiquées à d'autres sites Web ? S'agissant du droit moral, il convient de porter attention à la perte de réputation aussi bien qu'au niveau de diffusion.

L'intérêt de la collectivité et les intérêts privés se rencontrent. Respecter le droit des auteurs et faire en sorte que les titulaires de droits perçoivent les revenus engendrés par leurs œuvres, cela apporte aux auteurs les encouragements dont ils ont besoin pour en produire de nouvelles. D'autre part, la collectivité a intérêt à protéger les droits des auteurs étrangers conformément aux conventions internationales et à encourager par là les autres pays à protéger les droits des auteurs allemands sur leur territoire.

Bien sûr, le titulaire des droits doit avoir intérêt à ce que le fournisseur concerné rende impossible l'accès aux contenus visés. Dans la mesure où les fournisseurs d'hébergement et d'accès ne portent atteinte au droit d'auteur qu'à titre secondaire,

on ne peut raisonnablement s'attendre qu'ils s'inclinent si le plaignant est de mauvaise foi et refuse d'attaquer l'auteur de l'atteinte principale<sup>67</sup>.

*Les intérêts du fournisseur.* Dans la mesure où les droits réels du fournisseur sont généralement déjà pris en compte lors de l'appréciation du motif de l'action en justice — par exemple, la défense de la liberté de parole sera d'ores et déjà considérée comme usage loyal dans l'exposé des griefs —, les intérêts à prendre en compte ici sont essentiellement d'ordre pécuniaire<sup>68</sup> ou concernent le maintien d'autres contenus licites.

- Le coût de l'évaluation du caractère illicite des contenus constitue un sujet de préoccupation<sup>69</sup>. Cette évaluation peut être onéreuse, surtout lorsqu'il s'agit d'atteintes au droit d'auteur, dans la mesure où elle nécessite la collecte d'informations factuelles supplémentaires sur l'auteur et les éventuelles licences (voir plus haut). Là encore, les juges sont amenés à veiller à ce qu'il ne soit pas fait mauvais usage de la notification. Certains commentateurs estiment même que, s'agissant d'une atteinte au droit d'auteur, la partie qui effectue la notification doit apporter la preuve de l'illicéité, afin de permettre au fournisseur de s'assurer de celle-ci sans avoir à faire de nouvelles recherches d'ordre factuel ou juridique<sup>70</sup>.

En ce qui concerne les liens hypertexte, ce point de vue trouve appui dans un argument d'intérêt général : les liens sont souhaitables sur l'Internet, parce que l'interconnectivité qu'ils lui confèrent est pour beaucoup dans l'intérêt qu'il présente pour les utilisateurs. Cela est vrai en particulier pour les moteurs de recherche et les index. Aucun fournisseur ne devrait être contraint de supprimer des liens sur de simples soupçons, cela aussi parce que, contrairement au fournisseur d'hébergement, en cas de responsabilité, le fournisseur de liens est sans recours contre l'auteur de l'atteinte principale<sup>71</sup>.

- Autre source de dépenses, le fait même de retirer le contenu illicite. Dans l'affaire «CDBench», la cour d'appel<sup>72</sup> a jugé excessifs les frais à engager pour retirer un programme d'un site miroir FTP. Le défendeur, une université, gérait un serveur FTP où il versait périodiquement un certain nombre d'archives non protégées à des fins d'enseignement et de recherche. Le plaignant réclamait des droits de marque sur un logiciel contenu dans l'une de ces archives et voulait que celui-ci soit retiré du serveur du défendeur. Le tribunal a pour commencer nié la validité de la marque, mais il a en outre exclu la responsabilité au titre de l'article 5 TDG : le retrait définitif n'était possible que sur le site d'origine et l'importance du logiciel ne justifiait pas que l'on procède à un nouveau filtrage à chaque fois que l'on mettait à jour le site miroir.
- Les effets sur les autres contenus (les contenus licites) du même service peuvent aussi être tels que la mesure cesse d'être raisonnable. Supprimer l'accès à certains contenus peut, pour des raisons techniques, obliger à condamner tout un secteur, par exemple, un groupe de discussion où paraissent de temps à autre des

copies illicites. Dans l'affaire «CDBench» susmentionnée, l'université aurait pu cesser de transférer l'archive en question dans sa totalité, mais cela aurait eu pour effet de supprimer un grand nombre de logiciels copiés dans des conditions licites.

Et l'on ne peut demander à un fournisseur d'interrompre une partie importante de ses services en raison de violations mineures, si ces services ont un but commercial, scientifique ou tout autre but utile. Son intérêt correspond en l'occurrence avec l'intérêt général, qui est la libre circulation des données et l'accessibilité des contenus licites.

Dans la plupart des cas, il serait même techniquement possible de rendre impossible l'accès à un contenu précis, mais les frais à engager pour ce faire sont disproportionnés en raison de la quantité des données traitées. En revanche, lorsque le filtrage automatique est faisable, la chose devient raisonnablement possible.

On trouve dans la décision «Dernière minute» un cas où un tribunal d'appel a obligé le défendeur à employer un filtre (voir plus haut). Le juge a en effet estimé qu'il était facile de mettre en place un programme capable d'identifier les annonces publicitaires dites de «dernière minute» qui portaient sur des voyages avec date de départ antérieure à l'achèvement du délai de quatorze jours, violant ainsi la loi sur la concurrence.

Mais, d'ordinaire, les algorithmes de filtrage sont inefficaces ou bien ils éliminent plus qu'ils ne devraient. Et lorsqu'il n'est pas possible d'apprécier la licéité des contenus à partir du seul fichier — comme c'est souvent le cas pour les atteintes au droit d'auteur —, les filtres sont inutiles.

- Par ailleurs, il faut tenir compte du fait qu'un fournisseur d'hébergement peut, s'il empêche l'accès à certains contenus, être tenu pour responsable par ses clients, auxquels il est lié par un contrat. Cela ne veut pas dire qu'il est dégagé de toute responsabilité, pour la seule raison qu'il ne s'est pas assuré que le contrat en question lui permettrait de remplir ses obligations légales. Mais la question de la responsabilité contractuelle potentielle a son importance lorsqu'il s'agit de savoir si le fournisseur peut raisonnablement retirer du matériel dont la licéité lui inspire des doutes.

*Efficacité des mesures de retrait.* Si les mesures prises par le prestataire ne permettent pas de protéger correctement les intérêts du titulaire du droit d'auteur et si, en plus, elles constituent une charge excessive pour leur auteur, elles ne sont raisonnablement pas indiquées.

D'une manière générale, le simple fait que l'on puisse trouver les contenus illicites ailleurs sur l'Internet ne fait pas du retrait une mesure inefficace. Le dispositif mis en place par l'article 5 TDG est tel que, si l'on oblige chaque fournisseur à supprimer l'accès à ses contenus illicites, on peut rendre l'accès à ce type de contenu en général impossible ou, tout du moins, très difficile.

Cependant, l'argument prend davantage de poids si ces autres points d'accès comprennent des fournisseurs étrangers qui ne sont pas obligés de respecter la loi allemande. Le matériel illicite est parfois accessible auprès d'hébergeurs étrangers utilisant les services de fournisseurs d'accès allemands, lesquels ne sont assujettis à aucune obligation en vertu de l'article 5 (3) TDG. Donc, si la suppression de l'accès est une mesure par trop coûteuse et si, de surcroît, elle est inefficace, parce qu'il est possible d'accéder sans problème au matériel en question par l'intermédiaire de serveurs étrangers, et qu'il est peu probable que ces serveurs soient contraints de se conformer à la loi, elle peut s'avérer sans justification raisonnable.

L'argument consistant à invoquer la possibilité de contourner les dispositifs de protection technique et à dire qu'un surcroît de protection aura pour seul effet d'encourager les pirates à intensifier leurs efforts pour les contourner, est difficile à soutenir<sup>73</sup>.

Cela étant, dans l'affaire «CDBench» (voir plus haut), le tribunal a fait état de la facilité d'accès au site d'origine pour motiver l'inefficacité d'une mesure visant à empêcher l'accès au matériel visé sur le site miroir.

## **Les directives de l'Union européenne**

Deux directives de l'Union européenne renferment des dispositions relatives à la responsabilité du fournisseur de services Internet pour atteinte au droit d'auteur.

La directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information prescrit l'octroi d'un minimum de protection aux œuvres protégées par le droit d'auteur, y compris pour la distribution en ligne. En même temps, elle prévoit des exceptions particulières en faveur des prestataires de services qui, le cas échéant, porteraient atteinte au droit de reproduction, mais seulement s'ils agissent dans le but technique de transmettre des copies par l'intermédiaire de leur réseau. Cette directive n'est encore qu'une position commune arrêtée par le Conseil européen et doit maintenant être examinée en seconde lecture par le Parlement européen<sup>74</sup>. Elle vise à offrir un minimum de règles uniformes et fiables pour assurer la protection du droit d'auteur dans toute l'Union européenne afin d'éliminer les obstacles au commerce et de développer le marché intérieur.

La directive sur le commerce électronique — comme la loi allemande sur les services télématiques — limite la responsabilité du prestataire en général. Elle a été adoptée et publiée<sup>75</sup>, les États membres disposant à partir de là de dix-huit mois pour adopter les dispositions nécessaires pour s'y conformer. Cette directive a pour objectif d'assurer l'uniformité nécessaire des régimes de responsabilité des prestataires de services en vue d'éviter la coexistence au sein de l'Union européenne de niveaux de responsabilité variables selon les pays, ce qui découragerait les activités transfrontières. De plus, elle vise à promouvoir les services en ligne grâce à la sécurité juridique qu'elle instaure<sup>76</sup>.



Les dispositions des deux directives seront expliquées dans les pages qui suivent en même temps que le sens dans lequel elles vont obliger à modifier le régime du droit d'auteur et celui de la responsabilité en droit allemand pour les rendre conformes à ces directives.

## *La directive sur la société de l'information*

### Violations possibles des droits

Il ressort clairement de la directive sur la société de l'information, dans sa version provisoire actuelle, que la diffusion numérique d'une œuvre en mode interactif est un droit exclusif de l'auteur prévu par la loi sur le droit d'auteur. Cela met fin en Allemagne aux spéculations sur ce droit, qui n'est pas expressément nommé dans la loi sur le droit d'auteur. Celle-ci devra intégrer la « mise à la disposition du public des œuvres [des titulaires du droit d'auteur] de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » (art. 3.1 de la directive). À défaut, les tribunaux pourront considérer que ce droit est déjà couvert par le droit d'exécution ou de représentation en public reconnu à l'article 15 (2) de la loi sur le droit d'auteur (UrhG).

### Cas d'exonération de responsabilité

Les prestataires de services en ligne sont exonérés de toute responsabilité pour atteinte directe au droit de reproduction en vertu de l'article 5 (1) de la directive. Cette disposition pose en principe que l'infrastructure de communication des œuvres protégées reste soustraite aux considérations de droit d'auteur. Elle autorise en effet « les actes de reproduction provisoires [...] qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, ayant pour unique finalité de permettre : (a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou (b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante ».

De plus, il est précisé à l'alinéa 27 du préambule de la Position commune que la simple fourniture d'installations techniques en vue d'une communication au public ne constitue pas en soi une communication de la part du prestataire, de sorte que celui-ci devrait être à l'abri de toute responsabilité pour atteinte au droit d'exécution ou de représentation en public dès lors qu'il se borne à fournir l'infrastructure technique.

Bien que la directive sur la société de l'information paraisse très proche de la loi sur les téléservices et de la directive sur le commerce électronique en ce qui concerne la responsabilité du fournisseur, elle envisage celle-ci dans une autre perspective. À la différence de ces deux textes, qui mettent le prestataire à l'abri d'une

responsabilité indirecte pour le contenu lorsque l'utilisateur des services est l'auteur principal de l'atteinte, elle en exonère toute personne — prestataire ou utilisateur final — pour un nombre limité d'actes qui constitueraient normalement une contrefaçon directe, telle la confection d'une copie d'une œuvre en vue de transmission sur un réseau. Ces actes apparaissent dans le contexte de la fourniture d'accès (simple transport) et du stockage/prélecture en mémoire cache (*caching*). Mais la directive sur la société de l'information protège, par exemple, une personne qui copie une œuvre en vue de sa transmission, ce qui pourrait constituer une contrefaçon même si l'expéditeur était autorisé à utiliser l'œuvre, alors que la directive sur le commerce électronique protège le prestataire qui se contente de fournir l'environnement technologique requis pour copier l'œuvre à un utilisateur non autorisé. De même, la directive sur la société de l'information règle, par exemple, le point de savoir s'il peut y avoir le moindre cas où le stockage en mémoire cache est admissible ou si cette forme de mise en mémoire constitue toujours une copie non autorisée, tandis que la directive sur le commerce électronique décide si la responsabilité du prestataire est alors engagée pour atteinte aux droits d'auteur du propriétaire du site qui a fait l'objet de cette opération.

Des dispositions comme celles qui sont prévues dans le cadre de la directive sur la société de l'information n'ont pas été retenues par le législateur en Allemagne. Elles devront être ajoutées aux exemptions du droit d'auteur qui existent déjà.

En modifiant la loi sur le droit d'auteur, le législateur allemand devrait tenir compte de l'intention générale de la directive, à savoir, exonérer les auteurs de toutes les atteintes au droit d'auteur qui ne sont des copies que si l'on y regarde de trop près. Dans le monde du stockage électronique de données, travailler avec des données signifie toujours les copier, par nécessité technique, ne serait-ce que par le simple affichage de l'œuvre. C'est pour cette raison que la directive prescrit une exemption pour les actes de reproduction provisoires faits dans le cours d'un processus technologique et qui n'ont pas de valeur économique propre, dès lors que ce processus se termine par une transmission ou une utilisation licite. C'est par cette formule que la directive recommande de « ne pas y regarder de trop près ». Une copie de données ne devrait compter au regard du droit d'auteur que si elle correspond d'une manière ou d'une autre à une copie (intégrale ou partielle) d'une œuvre dans le monde réel. C'est ce point de vue qui explique aussi la conclusion apparemment circulaire que la reproduction devrait être autorisée si elle a pour but de permettre une « utilisation licite » : les « petites » copies éphémères technologiquement nécessaires sont admises pourvu que l'utilisation de l'œuvre dans le monde réel ait été autorisée en tant que telle par l'intéressé ou par la loi. Lorsque le titulaire du droit d'auteur laisse les internautes visiter son site, toutes ces copies sont admissibles à partir du serveur d'origine à travers un certain nombre de serveurs Internet jusqu'au fournisseur de services Internet du visiteur ainsi que ses serveurs mandataires et à la mémoire de l'ordinateur du visiteur — mémoire vive centrale, vidéo et virtuelle et mémoire cache du navigateur sur le disque dur. Elles n'ont en effet d'autre but que

l'affichage sur l'écran de l'ordinateur de l'utilisateur qui est une utilisation licite. Ce n'est qu'à partir du moment où l'utilisateur final mettrait une copie de l'œuvre affichée en mémoire dans ses dossiers de documents que l'on penserait qu'il a fait une copie «réelle» qui devrait être jugée selon la loi sur le droit d'auteur.

### *La directive sur le commerce électronique*

La directive sur le commerce électronique s'inscrit dans une démarche analogue à celle qui inspire les dispositions de la loi allemande régissant la responsabilité du fournisseur de services en ligne pour les atteintes indirectes aux droits des auteurs. Elle prescrit une responsabilité limitée indépendante de la cause foncière de l'acte et retient les mêmes catégories de prestataires.

Dans cette directive, les fournisseurs de contenu (art. 5 (1) TDG) ne sont pas mentionnés parce qu'ils ne bénéficient d'aucune limitation de responsabilité. Les fournisseurs d'hébergement (art. 5 (2) TDG) sont soumis aux dispositions de l'article 14. Les fournisseurs d'accès (art. 5 (3) TDG) relèvent de l'article 11. Le stockage en mémoire cache, considéré comme fourniture d'accès dans le cadre de l'article 5 (2) 3 TDG, est en partie régi par une disposition additionnelle de l'article 13.

#### Champ d'application de la directive

Le groupe cible de la directive, à savoir le «prestataire» — qui fournit des services de la société de l'information — est défini à l'article 2 (a) et (b) par référence à l'article 12 de la directive prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques<sup>77</sup>, comme tout service normalement fourni contre rémunération, à distance, par des moyens électroniques et à la demande individuelle d'un destinataire des services.

Cette définition — comme celle de la loi allemande sur les services télématiques — saisit en tout cas le type courant du prestataire commercial de services Internet, mais son champ est plus restreint : elle est beaucoup plus détaillée et énumère certains services qui ne sont pas régis par ses dispositions. De même, elle ne s'applique pas au particulier qui a sa propre page d'accueil<sup>78</sup>. Au nombre des services visés figurent les services interentreprises et ceux des entreprises aux consommateurs, les transactions électroniques sur marchandises, les journaux électroniques, les professions indépendantes, les moteurs de recherche, la vidéo à la carte, la fourniture d'accès à l'Internet et les babillards.

Ainsi, la loi allemande régit déjà les services à réglementer pour se conformer à la directive.

## Simple transport (art. 12)

### *Définition*

Les prestataires visés ici sont ceux qui fournissent un service de la société de l'information « consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication ».

Telle qu'elle est définie dans la loi allemande, la catégorie des fournisseurs d'accès recouvre les deux éléments de cette définition. D'une part, la fourniture d'un accès au réseau de communication y relève de la disposition applicable à l'accès au contenu (art. 5 (3) TDG). D'autre part, la transmission d'informations d'un utilisateur à un autre n'est rien d'autre que la fourniture au destinataire d'un accès à l'information transmise.

### *Conditions de l'exonération*

Aux termes de l'article 12 de la directive, le prestataire d'un service de simple transport n'est pas responsable de l'information transmise, à condition qu'il « (a) ne soit pas à l'origine de la transmission ; (b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission ; et (c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission ». Ces prescriptions sont destinées à faire en sorte que le prestataire remplisse une fonction exclusivement technique et n'ait rien à voir avec les contenus livrés.

L'article 5 (3) TDG ne prévoit pas ces restrictions. On pourrait faire valoir que, dans l'interprétation fonctionnelle de l'article 5 TDG, un fournisseur qui prendrait l'initiative de la transmission ou choisirait le destinataire ou l'information transmise sortirait du cadre de l'article 5 (3) TDG, parce que cela va au-delà de la simple fourniture d'accès. Mais comme ce fournisseur ne saurait être réputé mettre cette information à disposition au sens de l'article 5 (1) et (2) TDG et vu que l'article 5 TDG a été conçu pour englober tous les services possibles, il paraîtrait nécessaire de poser une exception à l'exonération inconditionnelle de responsabilité accordée aux fournisseurs d'accès prévue à l'article 5 (3) TDG.

### *Stockage transitoire en mémoire cache*

À l'instar de l'article 5 (3) 2 TDG, l'article 12 (2) de la directive considère les services de stockage en mémoire cache comme un simple transport. Il fait cependant une distinction entre le cas où cette forme de stockage transitoire sert exclusivement à l'exécution de la transmission — et relève de l'article 12 — et celui où elle joue le rôle d'intermédiaire en présence de multiples demandes du même site Web émanant de différents utilisateurs — laquelle est régie par l'article 13.

Pour mettre l'article 5 (3) TDG en conformité avec la directive, il n'est pas nécessaire de le modifier. Il suffit de donner une interprétation restrictive du caractère « temporaire » exigé, en excluant tout cas où la durée de ce stockage excéderait celle du transport des données jusqu'à l'utilisateur.

### *Injonctions de ne pas faire*

Comme l'article 5 (4) TDG, l'article 12 (3) laisse intacte la responsabilité du fournisseur d'un service de simple transport qui n'obtempérerait pas à une injonction de ne pas faire.

### Stockage intermédiaire en mémoire cache (dit « proxy ») (art. 13)

#### *Définition*

La règle de l'article 13 applicable à cette forme de stockage apporte un correctif au simple transport de l'article 12. Elle s'applique au prestataire d'un service de transmission qui effectue en outre le « stockage automatique, intermédiaire et temporaire [...] dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service ».

Cette forme de stockage n'a pas trouvé d'expression explicite dans la loi allemande. Selon certains commentateurs, son article 5 (3) 2 pourrait s'interpréter comme l'autorisant, mais si l'on s'en rapporte aux travaux préparatoires, le contenu d'un serveur mandataire intermédiaire, après quelque temps, entrerait dans le cadre de l'article 5 (2) TDG. Il faut donc interpréter le stockage en mémoire cache de l'article 5 (3) TDG comme transitoire et instituer une nouvelle catégorie de stockage en mémoire cache par serveur intermédiaire pour conformer cette loi à la directive.

#### *Conditions de l'exonération*

L'opérateur d'un serveur mandataire effectuant le stockage en mémoire cache est exonéré de toute responsabilité à ce titre (art. 13) s'il (a) ne touche pas au contenu, (b), (c), (d) se conforme aux conditions d'accès, aux règles concernant la mise à jour de l'information et aux prescriptions en matière statistique et (e) rend l'accès impossible dès qu'il a connaissance du fait que l'information a été retirée ou son accès rendu impossible, ou d'une décision ordonnant que l'information soit retirée ou son accès rendu impossible.

La condition de non-modification de l'information repose sur la même idée qu'à l'article 12 (simple transport). La prescription faisant obligation au fournisseur qui a effectué le stockage considéré de rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait en question est très proche de celle de la loi allemande qui impose la même obligation au fournisseur d'hébergement pour cause de connais-

sance, mais elle lui assure une sécurité juridique beaucoup plus grande en le mettant parfaitement à l'abri par le truchement de faits aisément reconnaissables.

Que l'obligation de se conformer aux règles en matière de mise à jour, d'accès et de statistiques ait été incorporée aux conditions de l'exonération est fort surprenant. Ces prescriptions n'ont aucun rapport avec les raisons qui justifient la responsabilité pour contenus illicites. Elles ne sont là que dans l'intérêt des fournisseurs d'hébergement et de contenu, parce qu'elles leur assurent une représentation fidèle de leur site Web auprès de l'utilisateur final et l'exactitude des données statistiques sur le nombre d'accès. C'est une démarche insolite que de punir les fournisseurs de contenus illicites afin d'amener les opérateurs de serveurs mandataires à se conformer aux intérêts d'autres fournisseurs, parce que la finalité de la responsabilité du fournisseur de services Internet est la protection du titulaire du droit d'auteur dont les droits sont violés.

### *Injonctions de ne pas faire*

À l'instar de l'article 5 (4) TDG, l'article 13 (2) de la directive laisse intacte la responsabilité du fournisseur d'accès au titre du stockage intermédiaire qui n'obtempérerait pas à une injonction de ne pas faire.

## Hébergement (art. 14)

### *Définition*

Aux termes de l'article 14, l'hébergement consiste «à stocker des informations fournies par un destinataire du service».

Le terme «stocker» couvre un champ plus restreint que le terme «mettre à la disposition» employé à l'article 5 (2) TDG. Il se peut que les deux coïncident dans le cas du type courant de fournisseur d'hébergement, mais la limitation au stockage matériel effectif va restreindre l'interprétation du terme de la loi allemande, par exemple en ce qui concerne la responsabilité au titre des liens hypertexte, cas où le contenu pourrait être considéré comme mis à la disposition des utilisateurs mais non stocké par le possesseur du site Web.

De même, le terme «destinataire du service» ne recouvre pas autant de monde que «tiers» si le juge ne l'interprète pas généreusement comme étant quiconque trouve d'une manière ou d'une autre sur son chemin le service du fournisseur. Dans le cadre d'un groupe de discussion, par exemple, l'auteur d'un article pourrait ne pas être un destinataire des services d'un prestataire qui, en sus du service d'alimentation en nouvelles, héberge cet article sur un autre serveur que celui auquel l'auteur s'était abonné. Ce prestataire sera-t-il entièrement responsable des informations illicites contenues dans l'article, ou sera-t-il considéré comme fournisseur de simple

transport bien qu'il ait stocké ces informations sur son serveur ? Il faudra que l'interprétation du terme par les tribunaux dise si le « tiers » au sens de la loi allemande correspond suffisamment au « destinataire » de l'article 14.

### *Exonération de responsabilité*

Le fournisseur d'hébergement ne sera pas responsable à condition qu'il n'ait pas connaissance de l'illicéité du contenu ou que, dès le moment où il en a connaissance, il agisse promptement pour retirer cette information ou en rendre l'accès impossible. Dans une action en dommages-intérêts, la connaissance de faits qui rendent cette illécéité apparente est suffisante. Dans tous les autres cas, il faut une connaissance effective de l'illicéité.

L'article 5 (2) TDG offre le même refuge sûr, mais exige seulement la « connaissance du contenu » pour détruire l'exonération. Dans l'interprétation qu'en donne la jurisprudence, cela ne comprend pas la connaissance de l'illicéité, ni même de faits selon lesquels elle est apparente. Cette interprétation devra être corrigée à la lumière de la nouvelle directive.

À cette exigence, l'article 5 (2) TDG en ajoute cependant une autre : il faut que le blocage de l'accès soit une mesure possible raisonnable. Rien de tel à l'article 14, mais il découle des principes généraux qu'un prestataire ne saurait être tenu de prendre des mesures techniquement impossibles ou impraticables. Néanmoins, il reste à voir si le juge allemand va continuer à appliquer aussi systématiquement cette prescription ou s'il faudra la limiter aux cas extrêmes.

Selon l'article 14 (2), il n'y a pas d'exonération de responsabilité lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire. Le droit allemand règle la question dans le cadre des principes généraux de la représentation. La décision « AOL MIDI » (voir plus haut), par laquelle la société AOL a été jugée responsable du fait de ses recruteurs, montre que cette disposition est déjà entrée dans le droit.

### **Absence d'obligation en matière de surveillance (art. 15)**

L'article 15 interdit expressément aux États membres d'imposer aux prestataires une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou de rechercher des faits révélant une activité illicite.

La loi sur les téléservices allemande n'a pas institué d'obligation de cette nature, et il ressort clairement des travaux préparatoires qu'en effet telle n'était pas l'intention du législateur, mais les tribunaux y sont en général plus favorables. Comme l'indique la décision « AOL MIDI » (voir plus haut), ils pourraient abaisser le seuil de connaissance requis au point d'établir effectivement une obligation de surveiller les zones dans lesquelles le fournisseur devrait soupçonner d'éventuelles violations. C'est ce qu'interdit à présent expressément l'article 15.

## Conclusion

Si les tribunaux allemands considéraient plus attentivement chacun des éléments sensibles de l'article 5 TDG, les dispositions régissant la responsabilité du fournisseur pourraient constituer l'un des volets d'un régime clair de responsabilité pour l'infrastructure des technologies modernes de l'information. Jusqu'ici, ils ont créé une grande confusion en ce qui concerne la définition des catégories de fournisseurs et l'élément « connaissance », qui demanderont à être clarifiés par les décisions à venir.

Cela dit, certains des problèmes d'interprétation pourraient être réglés par des dispositions expresses de la directive sur le commerce électronique. Celle-ci est structurée suivant la même démarche que la loi sur les téléservices et n'y imposera que quelques modifications, concernant, par exemple, le stockage en mémoire cache et la portée de la notion de simple transport.

La directive sur la société de l'information n'a pas encore été adoptée ni par conséquent intégrée en Allemagne à la loi sur le droit d'auteur. Elle n'aura d'effet que si le législateur allemand réussit à trouver une formule viable pour suivre la recommandation de « ne pas y regarder de trop ».

## Notes

1. AG Nagold, CR 1996, 240.
2. Loi (allemande) sur le droit d'auteur et les droits voisins (*Urheberrechtsgesetz*) du 9 septembre 1965, BGBI. I, p. 1273, modifiée le 16 juillet 1998, BGBI. I, p. 1827.
3. Lütje in Hoeren/Sieber, *Handbuch Multimedia Recht*, décembre 1998, Rn 180.
4. Schwarz, *Urheberrecht und unkörperliche Verbreitung multimedialer Werke*, GRUR 1996, 836, 840; contesté par Lütje, *infra* Rn 189.
5. LG München I, 30 mars 2000, JurPC Web-Dok. 73/2000.
6. Lütje, *infra* Rn 173.
7. Loi sur l'utilisation des services télématiques ou loi sur les téléservices (*Gesetz über die Nutzung von Telediensten*), du 13 juin 1997, BGBI. I, p. 1870.
8. Cf. Klöck, *Bundeskompetenz für ein Multimedia-Recht?*, CR 1999, 456.
9. Bettinger/Freytag, *Privatrechliche Verantwortlichkeit für Links*, CR 1998, 545, 547.
10. BT-Drs. 13/7385, 9 avril 1997, p. 19; Sieber in Hoeren/Sieber, *Handbuch Multimedia Recht*, décembre 1998, Rn 245.
11. Loi sur les télécommunications (*Telekommunikationsgesetz*), du 25 juillet 1996, BGBI. I, p. 1120.
12. Retraduit à partir d'une traduction non officielle en anglais faite par l'auteur du présent article.
13. Sieber, *infra* Rn 219.
14. Bettinger/Freytag, *infra*, p. 546 et suiv.
15. Bettinger/Freytag, *infra* p. 548.
16. Sieber, *infra* Rn 249.



17. BT-Drs. 13/7385, article 5 (1) TDG.
18. Sieber, *infra* Rn 256.
19. Sieber, *infra* Rn 300; Bröhl Georg M., *Rechtliche Rahmenbedingungen für neue Informations- und Kommunikationsdienste*, CR 1997, 73, 76; Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, *Das neue Informations- und Kommunikationsdienstegesetz*, NJW 1997, 2981, 2984.
20. Freitag, *Haftung der Internet-Service-Provider beim Hosting*, NET-Investor 12/98.
21. BT-Drs. 13/7385, article 5 (1) TDG.
22. Bettinger/Freytag, *infra*, p. 548.
23. AG München, 28 mai 1998, CR 1999, 117.
24. LG München I, 8 décembre 1999, CR 2000, 117.
25. Ernst, *Commentaire sur AG München*, NJW-CoR 1998, 362, 364.
26. LG Potsdam, 8 juillet 1999, CR 2000, 123.
27. Schmitz, *Commentaire sur LG Potsdam*, CR 2000, 124, 125.
28. D'après Schmitz, *infra*.
29. Si l'on ne se range pas à l'avis de Schmitz, *infra*, p. 125, qui voit une exception à la responsabilité objective dans l'argument du « marché des opinions » de BGH NJW 1986, 2503, 2504.
30. Internet Network Information Center.
31. LG Hamburg, 16 septembre 1998, NJW-CoR 1998, 302.
32. OLG Hamburg, 4 novembre 1999, U 274/98 (315 O 318/98).
33. Procureur général à la Division pénale de la Cour suprême (Bundesgerichtshof), « Suspension de l'enquête concernant les fournisseurs de services Internet », NJW-CoR, 1998, 175.
34. Sieber, *infra* Rn 271.
35. Sieber, *infra* Rn 285 et suiv.
36. Sieber, *infra* Rn 288; Ernst, *infra*; Hoeren, *Ist Felix Somm ein Krimineller ?*, NJW 1998, 2792, 2793.
37. BT-Drs. 13/7385, p. 20; Lütje, *infra* Rn 171, Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, *infra*, p. 2985.
38. Bettinger/Freytag, *infra*, p. 546 et suiv.
39. Koch, *Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalt in Kommunikationsnetzen*, CR 1997, 193, 200.
40. Lütje, *infra* Rn 168.
41. Bettinger/Freytag, *infra*, p. 550.
42. Bettinger/Freytag, *infra*, p. 549.
43. Sieber, *infra* Rn 273.
44. Sieber, *infra* Rn 267.
45. LG Ffm, 27 mai 1998, CR 1999, 45.
46. Sieber, *infra* Rn 275.
47. LG München I, 20 septembre 2000, 7HK O 12081/00, [www.netlaw.de/urteile/lgm\\_19.htm](http://www.netlaw.de/urteile/lgm_19.htm).
48. Comparer avec BT-Drs. 7385, p. 19; Sieber, *infra* Rn 259.
49. Sieber, *infra* Rn 261 et suiv.
50. Spindler, *Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien*, NJW 1997, 3193, 3196.
51. OLG München, 26 février 1998, CR 1998, 300.

52. Sieber, *infra* Rn 264 ; Spindler, *infra*, p. 3196 ; contesté par Ernst, *infra*, p. 364.
53. Flechsig/Gabel, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Vorhalten von Hyperlinks*, CR 1998, 351, 354.
54. LG Lübeck, 24 novembre 1998, NJW-CoR 1999, 428.
55. Ernst, *Commentaire sur LG Lübeck*, NJW-CoR 1999, 430.
56. LG Hamburg, 5 décembre 1998, CR 1998, 565.
57. LG München I, 25 février 2000, 4 HK O 6543/00, JurPC Web-Dok. 168/2000.
58. OLG Hamburg, *infra* Fn 33 ; Bettinger/Freytag, *infra*, p. 551 ; Rapport relatif à la répression des délits sur l'Internet, CR 1999, 200, 202 ; Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, *infra*, p. 2985.
59. LG München I, 30 mars 2000, JurPC Web-Dok. 73/2000.
60. BT-Drs. 13/7385, article 5 (2).
61. Sieber, *infra* Rn 276 ; Spindler, *infra*, p. 3196.
62. Sieber, *infra* Rn 279.
63. Sieber, *infra* Rn 279.
64. BT-Drs. 13/7385, p. 20 ; Sieber, *infra* Rn 311 et suiv. ; Bettinger/Freytag, *infra*, p. 551.
65. Rapport relatif à la répression des délits sur l'Internet, CR 1999, 200, 202.
66. BT-Drs. 13/7385, p. 51.
67. Bettinger/Freytag, *infra*, p. 552 ; Rapport relatif à la répression des délits sur l'Internet, CR 1999, 200, 202.
68. BT-Drs. 13/7385 ; Lütje, *infra* Rn 177 ; Sieber, *Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen (I). Zur Umsetzung von 5 TDG am Beispiel der Newsgroups des Internet*, CR 1997, 581, 584 et seq.
69. Bettinger/Freytag, *infra*, p. 551.
70. Bettinger/Freytag, *infra*, p. 552.
71. Bettinger/Freytag, *infra*, p. 552.
72. OLG München, 3 février 2000, 6 U 5475/99.
73. Lütje, *infra* Rn 178.
74. «Position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information», *JO C 344* du 1<sup>er</sup> décembre 2000.
75. «Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («Directive sur le commerce électronique»), *JO L 178* du 17 juillet 2000.
76. Brisch, *EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr*, CR 1999, 235, 236.
77. Directive 98/34/CE du 22 juin 1998, *JO L 204*, p. 37, modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998, *JO L 217*, p. 18.
78. Geis, *Die Europäische Perspektive der Haftung von Informationsanbietern und Zertifizierungsstellen*, CR 1999, 772, 773.

# La protection internationale des bases de données non créatives

Frank Gotzen

## Sommaire

Historique de la directive européenne sur les bases de données	42
Le champ d'application de la directive	43
La directive en tant que telle ne vise pas à protéger le contenu d'une base de données	44
La directive en tant que telle ne protège que le contenant d'une base de données	45
La protection du contenant créatif par le droit d'auteur	45
La protection du contenant non créatif par le droit <i>sui generis</i>	46
Vers une protection internationale des bases de données non créatives ?	48
Les travaux de l'OMPI	48
Les objections américaines	49

## Historique de la directive européenne sur les bases de données

Malgré sa précédente déclaration dans le Livre vert de 1988 sur « Le droit d'auteur et le défi technologique<sup>1</sup> » selon laquelle l'urgence faisait défaut en ce domaine, la Commission de la Communauté européenne a considéré, dans un programme de travail de 1991, publié sous le nom de « Suites à donner au Livre vert » qu'il convenait « de mettre en place sans retard un cadre juridique uniforme et stable<sup>2</sup> ». Effectivement, le 15 avril 1992, une proposition de directive concernant « la protection juridique des bases de données » a été présentée<sup>3</sup>. Celle-ci a ensuite été modifiée le 4 octobre 1993<sup>4</sup>. Ce texte proclamait le principe d'une protection des bases de données par le droit d'auteur. Dans plusieurs de ses dispositions il reprenait presque mot à mot le contenu de la directive sur les programmes d'ordinateur. Cependant un élément qui était entièrement nouveau par rapport à la directive sur le logiciel était la

généralisation au niveau communautaire de la « règle des catalogues », connue en droit scandinave<sup>5</sup>. Son intérêt résidait dans la possibilité de protéger contre le pillage commercial une collection de données patiemment et péniblement rassemblée qui, sans être nécessairement originale au sens du droit d'auteur, aurait quand même pu acquérir une valeur propre dont un concurrent pourrait vouloir tirer profit sans frais. C'est pourquoi la proposition de directive contenait à cet égard un droit *sui generis*, appelé à l'origine de façon peu élégante « droit d'empêcher l'extraction non autorisée du contenu d'une base de données<sup>6</sup> ». Celui-ci aurait permis au créateur d'une base constituée de données qui ne sont pas en elles-mêmes protégées par le droit d'auteur, comme des faits ou des chiffres, de jouir, pendant une période limitée à quinze années, du droit d'interdire l'extraction ou la réutilisation à des fins commerciales de la totalité ou d'une partie substantielle de ces données. Ce droit se serait appliqué indépendamment d'une éventuelle protection plus longue de la base de données par le droit d'auteur.

Le texte de cette proposition a fait alors l'objet de nouvelles discussions au niveau du Conseil Marché intérieur qui a adopté, le 10 juillet 1995, une position commune<sup>7</sup> laquelle, tout en partant des propositions de la Commission esquissées ci-dessus, contenait également de nouveaux éléments. Après certains amendements, surtout de forme, introduits par le Parlement européen<sup>8</sup>, ce texte est finalement devenu celui de la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données<sup>9</sup>. Tout comme dans la proposition initiale, on peut y distinguer deux aspects principaux, l'un ayant trait à la protection des banques de données par le droit d'auteur et l'autre à l'instauration dans ce domaine d'un droit *sui generis* tout à fait nouveau. Avant de détailler ces deux aspects, il convient cependant d'attirer l'attention sur le chapitre premier de la directive qui constitue en quelque sorte le chapeau coiffant les deux suivants avec une définition de son champ d'application.

## Le champ d'application de la directive

L'article premier, dans son chiffre premier, affirme tout d'abord que la directive entend protéger les « bases de données, quelles que soient leurs formes ». C'est dire que tant les bases en ligne que celles hors ligne (CD-ROM, CD-i) seront concernées. Le deuxième chiffre du même article déclare entendre par base de données « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière ». La directive veut donc s'occuper tant des recueils d'œuvres préexistantes que des collections de simples données factuelles non couvertes en elles-mêmes par un droit exclusif. Il découle du considérant 14 précédant la directive que ce texte vise bel et bien à étendre son application aux bases de données non électroniques<sup>10</sup>. C'est là une différence considérable par rapport à la proposition initiale de la Commission.

L'exigence d'une disposition «systématique ou méthodique» des données explique pourquoi une fixation d'une seule œuvre audiovisuelle, cinématographique, littéraire ou musicale en tant que telle n'entre pas dans le champ d'application de la directive<sup>11</sup>. Elle explique également pourquoi la simple compilation de plusieurs fixations d'exécutions musicales sur un CD n'entre pas dans son champ d'application<sup>12</sup>.

## La directive en tant que telle ne vise pas à protéger le contenu d'une base de données

On affirme parfois que la directive européenne aurait voulu dans sa partie droit d'auteur, contenue au deuxième chapitre, protéger le *contenant* de la base, alors que dans son troisième chapitre sur le droit *sui generis*, elle aurait entendu protéger son *contenu*<sup>13</sup>. La distinction entre le contenant d'une base et son contenu est certes intéressante, mais il nous semble que, plutôt que de nous montrer la différence entre les chapitres deux et trois, elle a un rôle utile à jouer pour l'ensemble des chapitres de la directive afin d'expliquer ce qui distingue la possible protection d'une base de la protection éventuelle de ses données.

En vérité, on s'aperçoit que la directive adopte une position assez neutre vis-à-vis du *contenu* d'une base de données. Elle n'entend pas modifier le statut juridique préexistant de celui-ci. Ou bien les données en question seront de simples faits ou des chiffres non protégés. Alors ce ne sera pas le seul fait de leur introduction dans une base de données qui pourra leur conférer les qualités qui leur manquaient en vue d'une protection qu'ils ne méritaient pas avant<sup>14</sup>. Ou bien le contenu comportera des écrits, des compositions musicales ou d'autres œuvres littéraires et artistiques. Dans ce cas également, la reprise de ceux-ci dans un recueil électronique ne modifiera rien leur protection déjà existante<sup>15</sup>.

Là par contre où la directive entend vraiment exercer son influence, c'est sur la protection de la «disposition systématique ou méthodique» de ce contenu, visé au chapitre premier de son texte<sup>16</sup>. Il s'agit dès lors bel et bien, et pour les deux chapitres suivants de la directive, de protéger la structure de la base ou, en d'autres mots, son *contenant*. Si cette structure constitue une création intellectuelle, elle sera protégée par le droit d'auteur du deuxième chapitre. Si par contre, sans posséder cette qualité créative, elle aurait quand même fait l'objet d'un effort autre, digne de protection, le chapitre trois de la directive intervient pour lui conférer un droit *sui generis*, différent mais voisin du droit d'auteur<sup>17</sup>. C'est ce que nous allons expliquer plus en détail ci-dessous.

## La directive en tant que telle ne protège que le contenant d'une base de données

### *La protection du contenant créatif par le droit d'auteur*

La directive sur les bases de données s'inspire manifestement des premières directives européennes que nous avons rappelées plus haut lorsque, dans son article 3, chiffre premier, elle déclare que «les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur». Ainsi se trouve harmonisé le critère de la protection par le droit d'auteur des bases de données qui, à ce titre mais à des degrés divers<sup>18</sup>, était déjà accordée auparavant dans presque tous les pays de la Communauté<sup>19</sup>.

En mettant l'accent sur le fait que le critère de protection devra se retrouver dans «le choix ou la disposition des matières», la directive entend marquer le fait que cette protection sera indépendante de celle éventuellement reconnue aux matières composantes<sup>20</sup>. La directive souligne d'ailleurs de façon explicite dans ses articles 3, chiffres 2 et 13 que son champ d'application ne couvre pas le contenu de la base et qu'elle est sans préjudice des droits, notamment des auteurs, qui y subsistent.

Le considérant 18 explique que, dès lors, les auteurs des œuvres préexistantes ou les titulaires de droits voisins sur des prestations qui pourraient être emmagasinées dans des bases de données gardent la liberté de décider de cette forme de reproduction. Mais cela veut dire également que l'originalité des œuvres contenues dans une base de données continuera à être déterminée selon les concepts nationaux non encore harmonisés (sauf pour les programmes d'ordinateur ou les photographies, qui tombent sous les définitions propres à leurs directives spécifiques).

Dans la deuxième phrase de l'article 3, chiffre premier, la directive souligne que, en matière de bases de données, «aucun autre critère ne s'applique» pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection par le droit d'auteur.

La formule choisie étant identique à celle de la directive sur les programmes d'ordinateur, il est bon de se rappeler les raisons qui avaient poussé le législateur européen à uniformiser de telle sorte le critère de protection en cette matière. On se souvient que la Cour fédérale allemande, dans un arrêt du 9 mai 1985<sup>21</sup>, avait poussé le niveau de l'originalité requise pour protéger un programme par le droit d'auteur à un degré très élevé. La Cour avait en effet fait état d'une originalité «nette» qui devait «se démarquer du savoir-faire habituel d'un programmeur moyen». Cette jurisprudence nettement plus sévère que pour d'autres domaines artistiques ou littéraires<sup>22</sup> avait de surcroît placé l'Allemagne dans une position assez isolée par rapport aux autres pays de la Communauté. C'est la raison principale qui a poussé la Commission européenne à intervenir pour proposer un critère de protection harmonisé du logiciel<sup>23</sup>.

Puisque, avec les bases de données, nous restons dans le domaine de l'informatique, il conviendra de raisonner de la même sorte en évitant les critères trop sévères.

En ce qui concerne la titularité des droits, nous remarquerons surtout que la directive ne comporte plus la règle sur les auteurs salariés qui était encore contenue dans la proposition de la Commission. Selon ce premier texte, « lorsqu'un programme d'ordinateur ou une base de données sont créés par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents au programme ou à la base ainsi créés, sauf dispositions contractuelles contraires<sup>24</sup> ». Ce texte a disparu et il ne figure plus que de façon optionnelle dans un considérant introductif<sup>25</sup>.

La directive donne également un catalogue des actes soumis à l'autorisation de l'auteur ainsi qu'une liste d'exceptions qui devront ou pourront s'y rapporter<sup>26</sup>. Parmi celles-ci devra en tout cas figurer la liberté pour l'utilisateur légitime d'effectuer tous les actes nécessaires à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale<sup>27</sup>.

### *La protection du contenant non créatif par le droit « sui generis »*

L'apport principal de la nouvelle directive se trouve cependant dans son chapitre III qui prévoit un nouveau droit *sui generis* au profit du fabricant d'une base de données. Ce droit pourra s'appliquer à toutes les bases, quel que soit leur contenu. L'article 7, chiffre 4, affirme en effet que ce droit *sui generis* « s'applique indépendamment de la possibilité pour le contenu de cette base de données d'être protégé par le droit d'auteur ou par d'autres droits ». C'est-à-dire que la restriction que contenait encore l'article 10 de la proposition originale de la Commission, tendant à exclure de la protection du droit *sui generis* les bases « composées d'œuvres déjà protégées par un droit d'auteur », tombe. Il faut dire que, en fait, cette solution était déjà contenue dans la définition large du chapitre premier que nous avons évoquée plus haut<sup>28</sup>.

Le critère de protection n'est plus celui, subjectif, de l'originalité, mais bien plutôt cet autre, tout à fait objectif, de « l'investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif » dans l'obtention, la vérification ou la présentation des données<sup>29</sup>. Il ne semble pas devoir s'agir ici de n'importe quel effort financier lié à une production quelle qu'elle soit, car le considérant 19 nous donne l'exemple de « la compilation de plusieurs fixations d'exécutions musicales sur un CD » qui ne serait normalement pas couverte par le droit *sui generis* « parce qu'elle ne représente pas un investissement assez substantiel ». Cela démontre bien, puisque personne ne saurait nier les coûts importants liés à la production d'un CD, que l'investissement substantiel devra porter plus précisément sur la façon de disposer « de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles » les œuvres, données ou autres éléments indépendants, telle que visée à l'article premier, chiffre 2. Cela démontre

bien que le droit *sui generis* lui aussi, tout comme le droit d'auteur du chapitre précédent, concerne la structure d'une base, donc son contenant. Le considérant 40 précise toutefois que cet investissement peut consister non seulement dans la mise en œuvre de moyens financiers, mais également dans l'emploi du temps, d'efforts et d'énergie. Tout cela explique pourquoi le droit *sui generis* est accordé au fabricant, défini par le considérant 41 comme étant « la personne qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements<sup>30</sup> ».

Afin de protéger cet investissement contre la copie pour un coût largement inférieur, il est accordé au fabricant « le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu » de la base de données<sup>31</sup>. Par le terme « extraction » on entend « le transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support par quelque moyen ou sous quelque forme que ce soit ». « Réutilisation » veut dire « toute forme de mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base par distribution de copies, par location, par transmission en ligne ou sous d'autres formes<sup>32</sup> ».

La catégorie de l'extraction correspond donc à un droit de reproduction au sens strict du terme. Remarquons à ce propos que ce droit vise également le transfert substantiel mais « temporaire » de données. C'est ce qui explique le considérant 44 qui déclare que, « lorsque la visualisation sur écran du contenu d'une base de données nécessite le transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie substantielle de ce contenu sur un autre support, cet acte est soumis à l'autorisation du titulaire du droit ». Ainsi donc la Communauté prend implicitement position en faveur de la théorie qui prétend que la visualisation même temporaire sur un écran équivaut à un acte de reproduction.

La notion de « réutilisation » est plus complexe puisqu'elle couvre non seulement le droit de distribution et de location, mais également celui de la transmission en ligne. Il est important à cet égard de noter que, si la première vente d'une copie d'une base de données dans la Communauté par le titulaire du droit, ou avec son consentement, épuise le droit de contrôler la revente de cette copie dans la Communauté<sup>33</sup>, la situation diffère en cas de transmission en ligne. Dans ce dernier cas en effet, le droit d'interdire la réutilisation n'est épuisé ni en ce qui concerne la base de données, ni en ce qui concerne une copie matérielle de cette même base ou d'une partie de celle-ci effectuée avec le consentement du titulaire du droit par le destinataire de la transmission<sup>34</sup>. C'est en quelque sorte une application de la théorie classique de l'épuisement du droit qui veut que cette figure juridique ne peut s'appliquer qu'à la distribution de copies matérielles et non pas à la diffusion ou à la transmission sous une forme immatérielle.

Il est important de souligner que, d'une part, la portée du nouveau droit sera extrêmement large, puisqu'elle va permettre de saisir non seulement la copie servile ou la confection d'un produit concurrent parasite, mais même un produit dérivé qui se présenterait de façon différente, tout en partant d'une reprise substantielle des élé-



ments structurels d'une base préexistante<sup>35</sup>. Mais, d'autre part, le fabricant ne saura pas mettre en œuvre son droit *sui generis* à l'encontre d'une reprise de données non substantielle<sup>36</sup>. En plus, le droit *sui generis* ne donnant pas lieu à la création d'un nouveau droit sur les éléments contenus dans la base, le fabricant ne saurait empêcher un tiers de se procurer légitimement d'une autre source les œuvres ou données, même si elles constituent une partie substantielle d'une base de données déjà existante<sup>37</sup>.

Le cumul avec la protection par le droit d'auteur reste possible, car le chiffre 4 de l'article 7 précise que le droit *sui generis* « s'applique indépendamment de la possibilité pour la base de données d'être protégée par le droit d'auteur ou par d'autres droits ». Souvent il faudra d'ailleurs parler de coexistence de droits plutôt que de cumul, puisque, sous réserve des accords contractuels, leurs titulaires ne seront pas nécessairement les mêmes<sup>38</sup>.

La durée du droit *sui generis* sera en principe de quinze ans, mais il faut remarquer que l'article 10 qui la définit, permet également de prendre en compte les effets d'une importante mise à jour. Le chiffre 3 dit en effet que « toute modification substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu d'une base de données, notamment toute modification substantielle résultant de l'accumulation d'ajouts, de suppressions ou de changements successifs qui ferait considérer qu'il s'agit d'un nouvel investissement substantiel, évalué de façon qualitative ou quantitative, permet d'attribuer à la base qui résulte de cet investissement une durée de protection propre ». L'effet pratique de cette dernière disposition pourrait bien être de conférer une vie éternelle à des bases de données quelque peu dynamiques<sup>39</sup>. Mais, à vrai dire, il ne s'agit pas là d'une véritable révolution. Ne connaissons-nous pas aujourd'hui déjà en droit d'auteur le phénomène des rééditions régulières ou des mises à jour d'ouvrages à feuilles mobiles, qui perpétuent la protection<sup>40</sup>?

Dans la mesure où il n'est couvert ni par les conventions multilatérales classiques en la matière, ni par l'Accord ADPIC (TRIPS)<sup>41</sup>, le droit *sui generis* n'est pas soumis à la règle du traitement national. C'est pourquoi l'article 11 permet de faire dépendre la protection de bases de données fabriquées dans des pays tiers de la conclusion d'accords négociés avec la Communauté, qui pourront avoir recours au système de la réciprocité. C'est ce qui pose la question de la protection au niveau international, hautement souhaitable bien sûr dans un domaine technologique aussi important sur le plan mondial.

## Vers une protection internationale des bases de données non créatives ?

### Les travaux de l'OMPI

La Conférence diplomatique de l'OMPI sur certaines questions de droit d'auteur et

de droits voisins, qui a eu lieu du 2 au 20 décembre 1996 à Genève, a tout d'abord confirmé, dans un article 5 du nouveau Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur que les bases de données, appelées aussi « compilations de données ou d'autres éléments sous quelque forme que ce soit », sont protégées comme telles lorsque « par le choix ou la disposition des matières, elles constituent des créations intellectuelles ». Ce même texte rappelle par ailleurs que « cette protection ne s'étend pas aux données ou éléments eux-mêmes et est sans préjudice de tout droit d'auteur existant sur les données ou éléments contenus dans la compilation<sup>42</sup> ».

La Conférence était cependant saisie également d'une « proposition de base concernant les dispositions de fond du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de bases de données<sup>43</sup> », dont l'intérêt principal était qu'il reprenait l'idée européenne d'un droit *sui generis*. La Conférence n'a toutefois pas pu examiner ce document<sup>44</sup>, mais s'est limitée à adopter une recommandation concernant les bases de données<sup>45</sup> qui exprimait notamment le désir « d'examiner plus avant les incidences et les avantages potentiels d'un système *sui generis* de protection des bases de données au niveau international ».

Depuis, un rapport établi à l'issue d'une réunion d'information consacrée à la propriété intellectuelle en matière de bases de données, tenue à Genève du 17 au 19 septembre 1997, a paru<sup>46</sup>. Celui-ci s'est cependant limité à constater la volonté des participants de continuer les travaux relatifs à la protection *sui generis*. C'est ce qui s'est fait dans le Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes qui a continué de se pencher sur la question lors de ses sessions de novembre 1998<sup>47</sup>, de mai 1999<sup>48</sup> et de novembre 1999<sup>49</sup>, sans cependant pouvoir arriver à un consensus sur la question.

Le ralentissement observé dans la construction internationale d'un système de protection *sui generis* traduit en fait une réticence grandissante de certains milieux, surtout américains, vis-à-vis de la protection des bases de données non créatives.

### *Les objections américaines*

Les Américains s'étaient à l'origine montrés assez intéressés par le système européen d'un droit *sui generis*. La solution leur semblait permettre de combler dans ce domaine un certain vide laissé par l'arrêt « Feist » de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique<sup>50</sup>. Comme on le sait, celui-ci avait résulté en un relèvement des critères de protection appliqués par certains juges américains<sup>51</sup> qui, avant cet arrêt, s'étaient parfois bornés à exiger la preuve d'un certain effort propre (*sweat of the brow*), pour évoluer vers un critère de l'originalité à l'européenne<sup>52</sup>, exigeant désormais la présence d'une créativité plus personnelle. Cette évolution laissait du coup le champ libre à une protection de type nouveau de certaines bases de données qui, bien que non originales au sens de « Feist », représenteraient néanmoins un investissement considérable.

C'est pourquoi au début les États-Unis avaient non seulement contribué aux travaux de l'OMPI dans ce domaine<sup>53</sup>, mais même travaillé dans le sens d'une introduction d'un genre de protection *sui generis* dans leur système national de copyright<sup>54</sup>. Suite à des critiques émanant principalement des milieux de la recherche et de la science des États-Unis d'Amérique, ils ont cependant montré ensuite une réticence grandissante qui explique non seulement la lenteur des discussions au plan international, mais aussi l'enlisement et la réorientation<sup>55</sup> des projets américains nationaux en ce domaine dans ce pays.

Certaines de ces critiques ne résistent pas à un examen plus poussé. Ainsi, on a prétendu d'une façon générale que le système *sui generis* européen mènerait sinon à un monopole sur le savoir, du moins à une privatisation des données scientifiques<sup>56</sup>. On ne saurait l'affirmer sans oublier que la directive européenne, dans aucune de ses dispositions, ne confère un droit sur les faits bruts ou sur les données pures. Il faut également souligner à nouveau que le droit *sui generis* européen ne permet pas de s'opposer à l'extraction et à la réutilisation non systématiques de parties non substantielles du contenu d'une base. Rappelons enfin que, plus généralement, nul ne pourra jamais se voir interdire la recherche et la collection indépendantes des mêmes données qui se trouveraient déjà rassemblées dans une base existante.

Plus fondées cependant peuvent apparaître les critiques des spécialistes américains concernant la portée trop étroite des exceptions introduites par la directive européenne en faveur de l'enseignement et de la recherche scientifique<sup>57</sup>. Faut-il, tout d'abord, que ces exceptions restent facultatives, comme les articles 6 et 9 européens les formulent actuellement tant pour le droit d'auteur que pour le droit *sui generis*? Ne conviendrait-il pas plutôt de les rendre obligatoires? Faut-il ensuite, pour ce qui concerne plus particulièrement le droit *sui generis* confiner l'exception à la seule extraction des données? Pourquoi ne pas permettre également leur libre réutilisation à des fins scientifiques ou éducatives non commerciales, permettant ainsi la circulation et la communication non commerciales des données à l'intérieur de la communauté scientifique ou éducative<sup>58</sup>?

Il nous semble que, en vue d'arriver à une protection internationale des bases de données non créatives, il conviendrait de convaincre les États-Unis des mérites de la solution européenne d'un droit *sui generis*, compris comme un véritable nouveau droit de propriété intellectuelle. S'il faut pour cela aménager quelque peu la portée de l'exception en faveur de la recherche scientifique, cela ne devrait pas provoquer une révolution en Europe.

C'est d'autant plus vrai que le réexamen de l'exception actuelle en matière de recherche ou d'enseignement ne devrait pas nécessairement aller dans le sens d'une libéralisation complète. Excepter des actes d'un droit n'équivaut pas nécessairement à en permettre la libre utilisation complète. Tous régimes intermédiaires sont en effet concevables. On pourrait, par exemple, limiter la portée de l'exception aux cas où les données sont d'un accès impossible ou très difficile à des tiers qui ne pourraient les collecter, ou ne pourraient le faire qu'à des frais prohibitifs. On pourrait égale-

ment moduler la solution en imposant des conditions de fond, comme celle de l'absence d'autorisation volontaire du titulaire originaire des droits<sup>59</sup>. Enfin, on peut songer bien sûr à nuancer l'exception par l'introduction d'un système de licence payante en vertu d'un principe de rémunération équitable.

On le voit, il y a toute une panoplie de solutions qui permettraient d'arriver à un juste équilibre entre titulaires de droits et utilisateurs scientifiques, permettant de débloquer la discussion au niveau international afin d'aboutir à l'indispensable consensus dans une matière qui n'est pas uniquement dans l'intérêt de l'Europe, mais qui concerne la société de l'information au niveau mondial.

## Notes

1. COM (88) 172. Sur ce document voir A. Françon, « Réflexions sur le Livre vert », *RIDA*, 1989, p. 129-157.
2. COM (90), 584, n° 6.3.1.
3. *JO*, n° C 156, 23 juin 1992.
4. *JO*, n° C 308, 15 novembre 1993.
5. Comp. G. Karnell, « The Nordic catalogue rule » dans E. J. Dommering et P. B. Hugenholtz (dir. publ.), *Protecting works of fact*, Deventer, 1991, p. 67-72; J. Liedes, « International protection of databases. A non-copyright regime to complement copyright? », *Festschrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999, p. 447-449.
6. Art. 1, chiffre 2, art. 2, chiffre 5, art. 8 et art. 9, chiffres 3 et 4.
7. *JO*, n° C 288, 30 octobre 1995.
8. *JO*, n° L 17, 22 janvier 1996.
9. *JO*, n° L 77, 27 mars 1996.
10. Comp. l'art. 10, chiffre 2, de l'accord ADPIC-TRIPS.
11. Considérant 17.
12. C'est la banalité du système ou de la méthode qui, selon nous, est à la base de la constatation exacte du considérant 19 selon laquelle pareil CD n'entre pas dans le champ d'application de la directive « à la fois parce que, en tant que compilation, elle ne remplit pas les conditions pour être protégée par le droit d'auteur et parce qu'elle ne représente pas un investissement assez substantiel pour bénéficier du droit *sui generis* ».
13. F. de Visscher et B. Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, 2000, p. 232 et 235; M. Buydens, « Le nouveau régime juridique des bases de données », *IRDI*, 1999, p. 4-6; A. Strowel, « La loi du 31 août 1998 concernant la protection des bases de données », *Journal des tribunaux*, 1999, p. 299, mais plus précis, et selon nous plus exact, dans A. Strowel et J. P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Bruxelles, 1997, p. 322-323 : « Quand on dit que le droit *sui generis* vise le contenu de la base [...] il faut comprendre par là la forme non originale de l'ensemble de ces informations [...] la nouveauté de la directive est [...] d'instaurer une protection sur un contenu formalisé mais non original au sens du droit d'auteur. »
14. Considérants 45-46.
15. Art. 13.

16. Comp. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, 1998, p. 56: «À s'en tenir aux termes de l'article 1<sup>er</sup>.2, on pourrait dire qu'en l'absence de disposition systématique ou méthodique, il ne s'agit tout simplement pas d'une base de données.»
17. Comp. M. Vogel dans Schricker, *Urheberrecht*, Munich, 2<sup>e</sup> éd., 1999, qui, à l'occasion de la transposition de la directive en droit allemand, souligne que le droit *sui generis* ne vise pas le contenu de la base, mais bien un ensemble rassemblé et structuré à grands frais: «*Es gilt nicht für jede beliebige Sammlung... sondern für eine systematisch oder methodisch angelegte Sammlung mit einzeln zugänglichen Elementen* (p. 1317). *Sein Schutzgegenstand ist weder der Inhalt der Datenbank... sondern die Gesamtheit des unter wesentlichen Investitionsaufwand gesammelten, geordneten und einzeln zugänglich gemachten Inhalts als immaterielles Gut* (p. 1324).»
18. À cause de la référence expresse à l'élément de créativité intellectuelle qui doit caractériser l'effort propre d'un auteur nous ne voyons aucune raison de craindre une réduction du niveau de l'originalité requis par la majorité des pays européens «à la non-copie» anglaise comme le fait G. Koumantos, «Les bases de données dans la directive communautaire», *RIDA*, 1997, 171, p. 91-95.  
 Ne voyons-nous pas d'ailleurs un commentateur anglais tenir un discours opposé en déclarant ce qui suit: «*The crucial criterion is the author's own intellectual creation... Thanks to the directive, the Dutch, the Irish and the British will be obliged to give up their "sweat-of-the-brow" copyright so far as it extends to the information collected together in a single source, where that source constitutes a database*» (W. R. Cornish, «Protection of and vis-à-vis databases», *Copyright in cyberspace. ALAI study days. Amsterdam 1996*, Amsterdam, 1997, p. 437). Voir T. M. Cook, «The final version of the EC database directive — A model for the rest of the world?», *Copyright World*, 1996, p. 28; J. H. Reichman et P. Samuelson, «Intellectual property rights in data?», *50 Vanderbilt L. Rev.*, 51,76-77 (1997).
19. Sur cette protection déjà existante, voyez F. Gotzen, «Grandes orientations du droit d'auteur dans les États membres de la CEE en matière de banques de données», *Banques de données et droit d'auteur*, collection de l'IRPI n° 6, Paris, 1987, p. 85-98, ainsi que «Programmes d'ordinateur et banques de données», *Droit d'auteur et Communauté européenne. Le Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique*, collection du CIR n° 1, Kluwer Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 35 et suiv.
20. J. Gaster, «La nouvelle directive européenne concernant la protection juridique des bases de données», *Auteurs & Media*, 1996, p. 190.
21. Arrêt dans l'affaire «Inkasso-Programm», *GRUR*, 1985, p. 1041.
22. Raison pour laquelle, en Allemagne même, des critiques s'étaient fait entendre, par ex. G. Kolle, «Der angestellte Programmierer», *GRUR*, 1985, p. 1017; H. Haberstumpf, «Grundsätzliches zum Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 1985», *GRUR*, 1986, p. 233-234; U. Loewenheim, «Möglichkeiten des Rechtsschutzes für Computerprogramme», *Computer und Recht*, 1988, p. 800-801.
23. J. Gaster, «La protection juridique des bases de données à la lumière de la discussion concernant le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information» dans C. Doutrelepon, P. Van Binst et L. Wilkin, *Liberté, droits et réseaux dans la société de l'information*, Bruxelles, 1996, p. 34-35; J. Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, Cologne, 1999, p. 49-51.

Après la transposition en droit allemand de la directive européenne, la Cour fédérale allemande est effectivement revenue sur sa position initiale par un arrêt «Buchhaltungsprogramm» du 14 juillet 1993, *GRUR*, 1994, p. 39, qui admet que «pour l'avenir les conditions de protection des programmes seront moindres». Sur cet arrêt G. Schricker, «Farewell to the “level of creativity” (Schöpfungshöhe) in German copyright law?», *IIC*, 1995, p. 41-48.

24. Art. 3, chiffre 4, de la proposition modifiée de directive sur les bases de données. C'était là une reprise de l'art. 2, chiffre 3, de la directive sur les programmes d'ordinateur.
25. Le considérant 29 déclare «que le régime applicable à la création salariée est laissé à la discrétion des États membres ; que, dès lors, rien dans la présente directive n'empêche les États membres de préciser dans leur législation que, lorsqu'une base de données est créée par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents à la base ainsi créée, sauf dispositions contractuelles contraires».
26. Voir les articles 5 et 6 avec les considérants 30-37.
27. Art. 6, chiffres premier et 15.
28. Art. premier, chiffre 2, définissant la base de données, aux fins des chapitres 2 et 3 comme étant «un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière».
29. A. Strowel et J. P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Namur, 1997, n° 399, p. 280.
30. Selon ce même considérant, «cela exclut de la définition de fabricant notamment les sous-traitants».
31. Art. 7, chiffre premier.
32. Art. 7, chiffre 2. Ce texte précise également que le prêt public n'est pas un acte d'extraction ou de réutilisation.
33. Art. 7, chiffre 2, lettre b, dernière phrase.
34. Considérant 43.
35. Comp. le considérant 42.
36. Art. 8, chiffre premier. Mais il reste interdit d'extraire ou de réutiliser des parties même non substantielles du contenu de la base de données de façon répétée et systématique en causant un préjudice à l'exploitation normale de la base de données ou en lésant de manière injustifiée les intérêts légitimes du fabricant de la base (art. 7, chiffre 5, art. 8, chiffre 2).
37. Considérants 45-46 et 18. Comp. H. M. H. Speyart, «De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland», *AMI*, 1996, p. 175.
38. Le créateur, généralement une personne physique, pour le droit d'auteur sur la base (art. 4) d'un côté, et, de l'autre, le fabricant de celle-ci, souvent une personne morale (art. 7).
39. T. M. Cook, «The current status of the EC database directive», *Copyright World*, août 1995, p. 31 ; J. H. Reichman et P. Samuelson, «Intellectual property rights in data?», 50 *Vanderbilt L. Rev.*, 51, 90 (1997).
40. Comp. d'ailleurs l'article premier, chiffre 5, de la directive 93/98 du 29 octobre 1993 sur la durée de protection qui dit que «lorsqu'une œuvre est publiée par volumes, parties, fascicules, numéros ou épisodes et que la durée de protection court à partir du moment

où l'œuvre a été licitement rendue accessible au public, la durée de protection court pour chaque élément pris séparément».

41. L'article 10 de l'accord ADPIC-TRIPS ne traite que des «compilations de données» protégées par le droit d'auteur. T. M. Cook, *op. cit.*, p. 32; P. Katzenberger, «TRIPS und das Urheberrecht», *GRUR Int.*, 1995, p. 465.
42. Comp. l'art. 10, chiffre 2, de l'accord ADPIC-TRIPS.
43. Document OMPI, CRNR/DC/6 du 30 août 1996.
44. S. von Lewinski, «Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten», *GRUR Int.*, 1997, p. 680; J. Liedes, «International protection of databases. A non-copyright regime to complement copyright?», *Festschrift till Gunnar Karnell*, Stockholm, 1999, p. 453.
45. Document OMPI, CRNR/DC/100 du 23 décembre 1996.
46. Document OMPI, DB/IM/6 du 19 septembre 1997.
47. *Revue de l'OMPI*, novembre-décembre 1998, p. 21. Voir également le rapport contenu dans le document OMPI, SCCR/1/9 du 10 novembre 1998.
48. *Revue de l'OMPI*, mai 1999, p. 6.
49. *Revue de l'OMPI*, novembre-décembre 1999, p. 14-15.
50. Arrêt du 27 mars 1991, dans l'affaire n° 89-1909, Feist Publications v. Rural Telephone Service, 499 US 340 (1991).
51. J. Ginsburg, «Garden variety directory not worthy of copyright protection», *Copyright World*, juillet-août 1991, p. 48-49.
52. En ce sens, H. Cohen Jehoram dans sa note sous un arrêt comparable de la Cour suprême néerlandaise du 4 janvier 1991, *Ars Aequi*, 1992, p. 38.
53. J. Liedes, «International protection of databases. A non-copyright regime to complement copyright?», *Festschrift till Gunnar Karnell*, Stockholm, 1999, p. 450.
54. Par exemple, le *Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act*, proposé en 1996.
55. Il existe une tendance à introduire des projets de loi qui approchent le problème par des systèmes de concurrence déloyale. Voir à ce propos M. J. Davison, «Proposed US database legislation: a comparison with the UK database regulations», *EIPR*, 1999, p. 279-284.
56. J. H. Reichman et P. Samuelson, «Intellectual property rights in data?», *50 Vanderbilt L. Rev.*, 51, 87-95 (1997).  
On peut trouver des échos de pareilles objections en Europe même chez F. Pollaud-Dulian, «Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données», *Dalloz Affaires*, 1996, p. 539-540.
57. J. H. Reichman et P. Samuelson, «Intellectual property rights in data?», *50 Vanderbilt L. Rev.*, 51, 76-79, 91-95 (1997).
58. La critique supplémentaire exprimée par les auteurs cités dans la note précédente à l'encontre de la prétendue limitation des exceptions des articles 6 et 9 «aux fins d'illustration de la recherche» repose toutefois sur une lecture erronée de la version anglaise. Ainsi qu'il découle notamment plus clairement de la version française, la limitation à des fins d'illustration ne concerne que l'enseignement (comp. l'article 10, chiffre 2, de la Convention de Berne) et non pas les «fins [...] de recherche scientifique» qui ne sont pas autrement spécifiées sauf par leur but non commercial. Comp. J. Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, Cologne, 1999, p. 101-102 et 149.

59. Comp. la formule employée par le Conseil le 9 juin 2000 pour régler le statut des exceptions par rapport aux mesures techniques dans l'article 6, chiffre 4, de la proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.



## ACTIVITÉS DE L'UNESCO

### **INFOéthique 2000** **L'accès universel à l'information au XXI<sup>e</sup> siècle :** **les défis éthiques, juridiques et sociétaux** **du cyberspace**

*Compte rendu des débats et propositions*

#### **Organisation**

INFOéthique 2000, troisième Congrès de l'UNESCO sur les défis éthiques, juridiques et sociétaux du cyberspace, s'est tenu au siège de l'UNESCO, à Paris, du 13 au 15 novembre 2000. Ce troisième Congrès a été ouvert par sa Présidente, M<sup>me</sup> Vigdís Finnbogadóttir, présidente de la Commission mondiale d'éthique des connaissances scientifiques et des technologies et ex-présidente de la République d'Islande, et par le représentant du Directeur général de l'UNESCO, M. Alain Modoux, sous-directeur général pour la communication et l'information. C'est M. David Konzevik (Mexique) qui a prononcé l'allocution liminaire de présentation du thème du Congrès, intitulée «La société de l'information et la révolution des attentes».

Les débats ont été organisés comme prévu en six séances d'une demi-journée chacune. Au total, 32 intervenants, représentant 19 pays et cinq organisations intergouvernementales, ont participé aux travaux des six groupes de discussion correspondants. Les rapports établis par les modérateurs de chacune de ces séances ont été intégrés au présent compte rendu des débats. Le Congrès a rassemblé plus de 300 participants — essentiellement des fonctionnaires, juristes, universitaires, et représentants des médias et de la société civile — venant de 66 pays et 53 organisations non gouvernementales.

L'allocution de clôture a été prononcée par M. Bernd Niehaus, vice-président du Conseil économique et social (ECOSOC 2000) et ambassadeur et représentant permanent du Costa Rica auprès de l'ONU, et par M. Philippe Quéau, directeur de la Division de la société de l'information de l'UNESCO, représentant le Directeur général. Les documents de travail destinés à faciliter les débats comprenaient :

- quatre études thématiques établies par les modérateurs avant le Congrès ;

- les quatre rapports d'ateliers régionaux INFOéthique organisés au cours de l'an 2000 en Afrique, dans la région Asie et Pacifique, en Europe et en Amérique latine, et un rapport national émanant de l'Égypte ;
- les communications présentées par les 32 intervenants au cours des séances ;
- plusieurs autres communications soumises par des participants sur les thèmes des débats.

Un site Web (<http://webworld.unesco.org/infoethics2000/index.html>) a été créé avant la tenue du Congrès et mis à jour au fur et à mesure de son déroulement.

## Débats

Les débats ont à nouveau confirmé l'importance et la pertinence des questions mises en relief par le Congrès pour le développement futur de la société de l'information. On a fortement insisté sur la nécessité de veiller à la sauvegarde et au renforcement des principes déjà en vigueur en matière de droits de l'homme dans le nouvel environnement numérique et le cyberspace. Dans ce contexte, l'accès à l'information pour tous demeure un droit fondamental, qu'il faut défendre avec davantage d'efficacité et d'imagination, dans un esprit d'équité, de justice et de respect mutuel.

Les études spéciales, les aspirations exprimées dans les conclusions des ateliers régionaux et les interventions faites aux différentes séances ont prouvé une fois de plus la complexité des questions éthiques, juridiques et sociétales et leur impact sur les utilisateurs des technologies de l'information et de la communication (TIC). Il y a donc lieu d'étudier beaucoup plus activement comment assurer à un coût abordable l'accès à l'information, en particulier celle appartenant au domaine public, ainsi qu'aux technologies de l'information, dans tous les pays, y compris les pays en développement et en transition. Cela implique de rechercher de justes équilibres entre les droits légitimes des producteurs et ceux des usagers de l'information, et dans leur protection respective sur les supports électroniques. Sensibiliser l'opinion et améliorer l'éducation à tous les niveaux sont apparus comme les moyens les plus prometteurs de relever ce défi.

En outre, il a été généralement reconnu que l'organisation d'INFOéthique 2000 s'inscrivait dans une démarche à long terme visant à faire prendre en compte les problèmes éthiques, juridiques et sociétaux que pose l'instauration d'un accès équitable à l'information dans les débats du Sommet mondial sur la société de l'information prévu en 2003. Le rôle qui incombe à l'UNESCO s'agissant de s'attaquer à ces problèmes et de les porter à l'attention du Sommet a été réaffirmé avec insistance.

La richesse des débats et les questions soulevées au cours du Congrès ressortent des rapports des différents groupes de discussion qui sont résumés ci-dessous.

## Thème A : le rôle des pouvoirs publics dans l'accès à l'information

### Groupe A I : Élargir et rationaliser l'offre d'informations appartenant au domaine public

Les pouvoirs publics (aux niveaux central et local) sont actuellement la principale source de l'information détenue par le secteur public et ont un rôle décisif à jouer s'agissant de faciliter l'accès à celle-ci.

Cette information fait partie de notre « espace public intellectuel ». Elle est d'une utilité cruciale pour la recherche, l'enseignement, l'innovation, et la lutte contre l'exclusion économique et sociale et est l'un des fondements indispensables d'une société mondialisée informée et participative. Assimilable à un « bien public mondial », elle devrait par conséquent être publiquement accessible (c'est-à-dire appartenir au « domaine public<sup>1</sup> »). Le profit général sera d'autant plus grand que ces ressources informationnelles et connaissances seront mises à la disposition du public le plus large possible, plutôt que d'être gérées d'une manière qui permette une mainmise exclusive sur l'information ou la suprématie d'intérêts privés.

En tant que gardiens et interprètes de « l'intérêt public », les pouvoirs publics assument, à l'égard des citoyens au nom desquels ils agissent, les responsabilités suivantes :

- lutter contre le clôturage de « l'espace public intellectuel » susmentionné et préserver les ressources informationnelles du domaine public existantes ;
- accroître la proportion des connaissances mises à la disposition du public et en améliorer la qualité ;
- favoriser un accès plus équitable à cette information.

Les participants ont souligné en particulier ce qui suit :

#### *Disponibilité de l'information*

- Les pouvoirs publics doivent donner l'exemple en mettant, par les moyens électroniques, l'information officielle gouvernementale et autre (sous réserve des exceptions nécessaires à la protection des intérêts nationaux) à la disposition des citoyens. Ils devraient en particulier fournir à leurs citoyens des informations cruciales détenues par le secteur public, par exemple des renseignements sur leurs droits, sur la législation et les réglementations sur la santé et sur les obligations du gouvernement à l'égard des citoyens. Ils devraient également promouvoir le développement des services et des contenus qui rendent compte de la culture, des valeurs, de l'histoire, de la langue et du patrimoine locaux.
- Les pouvoirs publics devraient informer les citoyens en mettant en ligne davantage d'informations utiles et de qualité détenues par le secteur public, et ce sous des formes et par des moyens et systèmes de communication qui : (1) soient conçus pour répondre aux besoins des citoyens, leur soient familiers et facilitent

la compréhension et le téléchargement et (2) n'exigent pas de matériel ou une technologie très élaborés.

- Des initiatives en matière d'aides et de financement devraient être prises en vue de l'élaboration de normes de conduite et de systèmes propres à faciliter l'interopérabilité, la numérisation, la préservation et l'accessibilité des fonds des bibliothèques, des périodiques consacrés à la recherche, des archives et d'autres ressources du patrimoine. La priorité devrait être donnée à la mise des ressources informationnelles à la disposition du public, des crédits budgétaires suffisants devraient être alloués à la numérisation immédiate des collections les plus prioritaires, et des plans devraient être établis en vue de la numérisation d'autres ressources pour lesquelles cette mesure serait moins urgente.
- Il faudrait rechercher des moyens de mobiliser la société civile en lui offrant des possibilités de communication interactive, notamment dans le cadre d'activités qui sollicitent les apports des citoyens et des ONG sur les problèmes de politique gouvernementale ou d'intérêt public et créer dans ce but des groupes de discussion en ligne.
- Il faudrait promouvoir les partenariats entre les secteurs public et privé, afin de trouver des moyens de financer la création de savoirs ou de la stimuler par des incitations. Là où ces partenariats impliqueraient un financement public, les pouvoirs publics devraient veiller à ce que les connaissances qui présentent les caractéristiques d'un « bien public mondial<sup>2</sup> » soient ensuite mises à la disposition du public d'une manière qui serve de façon équilibrée l'intérêt que ce dernier peut avoir à accéder à ces connaissances et l'intérêt que le secteur privé peut avoir à les commercialiser.
- Il faudrait, dans le contexte de l'offre de bande passante et de la mise en place d'infrastructures technologiques, examiner les initiatives spécifiquement propres à encourager les investissements du secteur privé et les partenariats avec le secteur privé visant la diffusion d'informations publiques d'intérêt général.
- Il s'agit d'encourager les attitudes favorables aux efforts de collaboration tels que les partenariats et échanges d'information, et orientées vers une coopération active avec d'autres acteurs concernés (y compris des entités privées et des entreprises commerciales).

### *Politiques de l'information*

Il faudrait :

- promouvoir des politiques de l'information cohérentes, y compris en publiant des synopsis et des répertoires des ressources informationnelles du secteur public qui sont mises à la disposition générale de la population et en fournissant des liens d'accès à ces ressources ;
- veiller à ce que les législations nationales sur le droit d'auteur favorisent

l'existence d'un vigoureux « domaine public », en tant que condition nécessaire de la sauvegarde du patrimoine intellectuel et culturel ;

- réexaminer les politiques de tarification en vue d'éliminer ou de réduire les obstacles financiers à l'accès à l'information détenue par le secteur public ;
- faire en sorte que les conditions du marché et les cadres réglementaires concernant les télécommunications encouragent le développement d'infrastructures et de capacités techniques relatives aux TIC qui répondent aux besoins technologiques des pouvoirs publics et des citoyens ;
- faire en sorte que les stratégies en matière d'information soient propres à toucher toutes les couches de la société, en facilitant les projets des collectivités locales et le perfectionnement des responsables et conseillers locaux dans le domaine des TIC ;
- mettre au point des modèles en vue de faciliter l'accès des communautés locales des pays en développement et des régions rurales ainsi que des personnes handicapées et/ou ayant des besoins spéciaux aux TIC ;
- dispenser des conseils sur les mesures qui aideront les collectivités à opérer les changements de mentalité indispensables à l'acquisition de connaissances électroniques de base, ainsi qu'à renforcer la confiance dans la mise en œuvre et l'utilisation des TIC ; concevoir et mettre en œuvre des pratiques d'information optimales sur les systèmes et dans les activités en ligne ;
- promouvoir les comportements éthiques, ainsi que le respect des normes et valeurs collectives dans les activités des producteurs et utilisateurs d'information et des prestataires de services, comme dans les contenus qu'ils proposent. Les pouvoirs publics devraient veiller à ce que toute formation aux TIC offerte sur le territoire national porte, entre autres, sur l'éthique et les normes et non pas simplement sur les compétences techniques à acquérir ;
- l'accent devrait être mis, à titre d'impératif primordial, sur la mise en place et l'enrichissement de « l'infrastructure humaine », y compris par l'éducation intégrée, la formation aux TIC et les programmes de développement des compétences.

### *Coopération internationale*

Il faudrait :

- encourager l'élaboration de cadres juridiques incluant des lois sur la liberté d'information et la divulgation protégée (adaptées au système de valeurs national et sociétal) ; préconiser l'harmonisation des cadres législatifs des différents pays et régions et œuvrer à réduire autant que possible les incohérences dans ce domaine ;
- accroître la diffusion aux citoyens de l'information détenue par le secteur public, aux niveaux planétaire et régional, y compris de l'information émanant d'organisations internationales qui servent l'intérêt public mondial ;

- participer aux échanges avec d'autres pays, organisations et autres entités qui poursuivent les mêmes objectifs, de manière à mettre les connaissances en commun, à rationaliser l'emploi des ressources et à encourager la collaboration ;
- procéder à des négociations, afin d'assurer que les législations internationales sur le droit d'auteur tiennent compte du rôle particulier que le bien commun que constitue l'information du domaine public doit jouer dans la structuration de la société du savoir ;
- encourager la coopération entre les différentes organisations internationales, gouvernementales et non gouvernementales (FAO, UIT, PNUD, PNUE, Banque mondiale, etc.) en vue de constituer, à partir de la masse d'information issue des projets et programmes de développement, un corpus de connaissances universellement accessible, au bénéfice des pays en développement en particulier ;
- établir un inventaire international des législations, réglementations, plans d'action et programmes sur la création et la diffusion de l'information du domaine public, en collaboration étroite avec les organisations qui jouent un rôle majeur dans ce domaine telle que l'OMPI.

#### Groupe A 2: *Faciliter l'accès aux réseaux et aux services*

Faciliter la connaissance des réseaux et services télématiques — des moyens de connexion aux services de l'Internet par exemple — ainsi que l'accès à ces réseaux et services doit figurer au premier rang des priorités dans les programmes de développement des gouvernements, en particulier dans les pays en développement et les pays en transition, car ce sont là des conditions essentielles de l'instauration d'un accès équitable à l'information. L'Internet doit en particulier être considéré comme un service public, au même titre que les services fondamentaux de télécommunication, d'eau et d'électricité ; les institutions de service public telles que les écoles, les organismes universitaires et les bibliothèques publiques devraient bénéficier de tarifs préférentiels d'accès à l'Internet. Il faut que la communauté internationale reconnaisse et appuie la notion d'accès universel aux réseaux et services télématiques, encourage les systèmes de partage régional des coûts (*peering*) entre les fournisseurs d'accès nationaux et accroisse la sensibilisation politique aux incidences à long terme de l'existence d'un unique « centre nodal mondial ».

Les participants ont souligné en particulier ce qui suit :

- L'accès aux télécommunications devrait se développer selon les principes suivants : accès public à un coût abordable, normalisation des infrastructures/protocoles, institution de cadres réglementaires et juridiques clairs.
- Il faudrait instituer des mécanismes qui améliorent la transparence et la responsabilisation s'agissant de mettre en place les subventions croisées visant les coûts d'accès à l'Internet et des télécommunications qui sont nécessaires pour assurer un accès équitable au réseau et à son contenu informatif, eu égard en particulier aux besoins des institutions de service public.

- Les autorités nationales de régulation pourraient faciliter ces efforts en instituant des tarifs préférentiels d'accès à l'Internet pour les établissements de service public tels que les écoles, les organismes universitaires et les bibliothèques publiques, ainsi qu'en encourageant le dialogue entre les entreprises du secteur des TIC et fournisseurs d'information et les institutions éducatives (écoles, universités et centres de recherche) et culturelles (bibliothèques), nationales et régionales, de manière à négocier l'accès de ces établissements aux TIC à des tarifs et moyennant des taxes et droits de douane réduits. Les autorités nationales devraient également appuyer le développement de « consortiums de service public dans le domaine des technologies de l'information et de la communication ».
- Il faudrait renforcer les réseaux intrarégionaux, en particulier en combinant trafic commercial et trafic de service public.
- Il faut encourager l'interconnexion, sur la base du partage égal des coûts, des points nationaux d'accès à l'Internet dans les pays en développement (qui centralisent le trafic géré par les prestataires de services Internet (PSI) privés et sans but lucratif) et des points d'accès situés dans d'autres pays (en développement ou industrialisés), et ce indépendamment de leurs volumes de trafic respectifs. Il faudrait entreprendre une étude des coûts de connexion à l'Internet et en particulier de ceux de la connexion aux PSI et de l'attribution des noms de domaine.
- Il faudrait mettre en place — comme on l'envisage déjà — des dorsales régionales à haut débit reliant chaque pays à un réseau mondial multinodal où aucun organisme n'aurait un rôle dominant en matière de connexion.
- Il faudrait encourager l'accès des communautés locales, en particulier dans les régions rurales et reculées, ainsi que des personnes défavorisées et d'autres groupes cibles à l'information et au savoir, en créant des services publics locaux et des incitations d'ordre réglementaire qui facilitent l'accès aux nouvelles TIC et à l'Internet.

### *Thème B : la notion d'«usage loyal» dans la société de l'information*

*Groupe B 1 : Le concept d'«usage loyal» appliqué à l'éducation, à la science, à la culture et à la communication et Groupe B 2 : Application aux pays en développement des exceptions légales au droit d'auteur (à l'aide des conventions internationales)*

Les principes de base et les objectifs du droit d'auteur sont, d'une part, d'encourager la création en accordant aux créateurs des droits exclusifs d'une durée limitée et, de l'autre, de favoriser et réglementer la diffusion des biens culturels, des connaissances et des idées. Le droit d'auteur repose donc sur la réalisation d'un équilibre entre la protection des œuvres originales et de leurs créateurs et la sauvegarde de l'intérêt public et des libertés fondamentales (telles que l'accès à la culture et la liberté d'expression). Les évolutions actuelles de la propriété intellectuelle, en

particulier dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, risquent de mettre cet équilibre en péril. Mais il est également vrai que les nouvelles technologies représentent une menace pour l'exploitation normale des œuvres protégées par le droit d'auteur. La préservation de cet équilibre entre les intérêts légitimes des titulaires de droits et ceux, non moins légitimes, des utilisateurs s'agissant d'avoir accès à l'information et à la culture est d'une importance cruciale dans la société de l'information.

Les participants ont souligné en particulier ce qui suit :

- Les droits de propriété intellectuelle visent par essence la protection des œuvres de création et des innovations technologiques et ne sont pas destinés à protéger les investissements. La protection par le droit d'auteur devrait être limitée aux œuvres de création. La création de nouveaux droits *sui generis* ou de droits voisins protégeant les investissements n'est pas en soi compatible avec la nature même de la propriété intellectuelle.
- L'information appartient par nature essentiellement au domaine public. Cette caractéristique qui fait qu'elle ne peut, par essence, constituer une propriété exclusive a été réaffirmée dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) (article 10.2) et dans le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (article 5). Les législations nationales ne doivent pas conduire à une monopolisation du contenu informationnel incorporé aux œuvres secondaires (tel que les bases de données).
- L'importance des exceptions au droit d'auteur (au titre par exemple de « l'usage loyal » et d'autres dérogations équivalentes) doit être réaffirmée dans l'environnement numérique. Ces exceptions sont un élément essentiel de l'indispensable compromis qui doit s'établir entre les intérêts privés et l'intérêt public.
- Le bénéfice de ces exceptions ne doit pas être refusé sous prétexte qu'un marché potentiel, notamment un marché créé grâce à la technologie, peut permettre d'en contractualiser la jouissance (théorie de la « défaillance du marché »), en particulier lorsque l'exception se justifie par l'exercice de droits fondamentaux tels que la liberté d'expression ou le droit d'accès à l'information.
- Les réexamens des législations nationales et internationales existantes sur les droits de propriété intellectuelle (y compris tout réexamen de l'Accord sur les ADPIC par l'OMC) devraient comprendre l'évaluation des incidences socio-économiques de toute nouvelle extension des droits de propriété intellectuelle et réaffirmer le principe de « l'usage loyal » ; en particulier, l'allongement de la durée des droits d'auteur risque d'avoir des effets plus néfastes, notamment dans les pays en développement, que la suspension de fait de certaines limitations.
- Dans l'étude de l'application du principe de « l'usage loyal », il convient d'être attentif au contexte économique, culturel et social dans lequel est utilisée l'œuvre protégée par le droit d'auteur. « L'usage loyal » peut se définir de manière variable lorsque l'on tient compte de ces circonstances (notamment des



utilisations qui interviennent dans un pays en développement et pour ses besoins internes).

- Les moyens de protéger les dispositifs techniques doivent être recherchés dans le droit commun et non dans le droit de la propriété intellectuelle. La neutralisation de ces dispositifs ne devrait pas être sanctionnée par le droit de la propriété intellectuelle, et surtout pas par le droit d'auteur.
- L'institution de tout régime de protection légale des dispositifs technologiques doit respecter dûment l'accès à l'information et au domaine public et leur utilisation légitime, et permettre l'exercice légitime des exceptions au droit d'auteur.
- Un observatoire international des effets que la mise en place de moyens technologiques de protection du droit d'auteur peut avoir sur l'accès à l'information et au domaine public et sur l'application des limitations du droit d'auteur pourrait être créé sous l'égide de l'UNESCO.
- Les représentants des éditeurs ont souligné que le système des exceptions aux droits d'auteur pouvait nuire aux investissements dans les pays en développement : « Si la protection par le droit d'auteur est insuffisante, la rentabilité des investissements (et par conséquent les investissements eux-mêmes) qui concernent la diffusion des biens culturels et de l'information dans les pays en développement risque d'être menacée. »
- Même si l'amélioration du régime du droit d'auteur ne résout pas tous les problèmes des pays en développement en marche vers la société de l'information, elle doit être encouragée car elle stimulera la créativité locale et l'esprit d'entreprise et accroîtra les capacités concurrentielles dans ces pays, réduisant ainsi l'influence des pays industrialisés.
- La mission de service public des bibliothèques, des institutions éducatives et des musées à l'ère numérique demande à être définie et réévaluée précisément à la lumière des évolutions technologiques, de sorte que leurs fonctions fondamentales de diffusion d'informations au service de l'éducation, de la recherche et de la démocratisation soient préservées, sans les mettre en concurrence avec les prestataires commerciaux de services de même nature.
- Les instances compétentes, telles que l'OMPI et l'UNESCO, doivent continuer d'étudier activement les questions très complexes que soulève le droit d'auteur sur les patrimoines culturels collectifs (patrimoines tribaux, traditions orales, etc.) qui transcendent les frontières nationales et ne peuvent être attribués à un auteur particulier.

## Thème C : Protéger la dignité humaine à l'ère numérique

Groupe C1 : *Protection de la vie privée sur les réseaux mondiaux et*

Groupe C2 : *Liberté d'expression et supports électroniques*

La Déclaration universelle des droits de l'homme énonce clairement la nécessité de sauvegarder les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression. Or les nouvelles technologies posent de nouveaux défis à la protection de ces droits essentiels. Les technologies interactives rendent possible une surveillance générale de la vie privée. Les logiciels de filtrage peuvent par ailleurs restreindre l'accès à des informations qui seraient en leur absence librement accessibles.

Les participants ont souligné en particulier ce qui suit :

- l'étroit lien entre la protection de la vie privée et celle de la dignité humaine, et la nécessité de veiller à ce que, dans « l'économie de la gratuité », le respect de la vie privée ne dépende pas de la capacité économique et culturelle de résister aux pressions du marché ;
- la nécessité d'élaborer une stratégie globale, comprenant des activités culturelles, politiques et de développement institutionnel, afin de protéger la vie privée des personnes ; l'UNESCO pourrait œuvrer à l'établissement d'une convention internationale sur le respect de la vie privée qui reconnaîtrait tout un éventail de méthodes destinées à protéger la vie privée des personnes, y compris les codes de conduite, l'autoréglementation et les moyens techniques de renforcer la confidentialité ;
- la nécessité de mettre en œuvre des pratiques d'information loyales et des « commandements » spécifiques visant la protection de la vie privée sur l'Internet. Ces principes pourraient être érigés en loi type ;
- le fait que les nouvelles technologies de l'information vont poser de nouveaux défis au respect de la vie privée. Certains découlent de problèmes tenant aux conflits de lois et à la multiplicité des ressorts territoriaux dans lesquels s'opère le commerce électronique. Il s'agira également de résoudre d'importantes questions concernant la sécurité nationale et la criminalité informatique. Les solutions pourraient comprendre l'adoption de lois types et de nouveaux traités dont les dispositions seraient rigoureuses et exécutoires ;
- de nouvelles technologies permettront de tenter de résoudre les problèmes de protection de la dignité humaine ; cependant, la technologie est imparfaite et ne constitue pas en soi une panacée ;
- il s'agit de favoriser l'élaboration de lois types et de codes de conduite, l'éducation du public et la responsabilisation des citoyens et l'idée selon laquelle le respect de la vie privée peut être dans l'intérêt des familles aussi bien que des individus ;
- les problèmes qui concernent l'Internet et la dignité humaine doivent être évalués du point de vue moral ; la liberté d'expression et la dignité du citoyen sont

deux aspects importants de cette moralité. Il est également nécessaire de poser les fondements juridiques et éthiques de la mise en place de l'Internet dans les pays en développement ;

- protéger la vie privée et promouvoir la liberté d'expression doivent être considérés comme des objectifs complémentaires à l'ère numérique. Ce sont là deux principes énoncés clairement dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Les nouveaux défis à la protection de la dignité humaine se répercuteront de plus en plus sur ces deux domaines ;
- à une époque où le progrès scientifique exclut une grande part de l'humanité, nous devons nous rappeler que nous faisons tous partie de la même planète et nous efforcer d'envisager dans une optique collective les défis et les promesses ;
- la participation active des organisations de la société civile à la prise des décisions sur l'avenir de l'Internet est d'une importance cruciale pour la protection de la dignité humaine à l'ère numérique. Pour être efficaces, les politiques relatives à l'Internet doivent refléter les avis des consommateurs et des citoyens.

## Conclusion

Dans les allocutions de clôture, les participants ont été informés que le présent rapport et les propositions qu'il contient seront pris en compte lors de la mise au point finale, par un comité international d'experts, d'une recommandation sur l'accès universel au cyberspace et la promotion et la pratique du multilinguisme dans le cyberspace qui sera soumise en novembre 2001 à la Conférence générale de l'UNESCO pour adoption par ses États membres. Le présent rapport servira également de guide au Secrétariat lorsqu'il établira la contribution de l'UNESCO au Sommet mondial sur la société de l'information prévu en 2003 sous les auspices de l'ONU. À cet égard, INFOéthique 2000 peut être considéré comme une étape importante d'un processus qui débouchera, espère-t-on, sur l'adoption de normes de conduite internationales fondées sur la notion d'accès équitable à l'information pour tous.

## Notes

1. Voir la gamme/les exemples des informations pouvant appartenir au « domaine public » mentionnés au paragraphe 2.2.3, p. 204, de l'étude d'Elizabeth Longworth.
2. Voir la définition économique qui en est donnée au paragraphe 23 de l'étude Longworth.

## NOUVELLES ET INFORMATIONS

### Le droit d'auteur au Maroc

Ahmed Hidass\*

Au Maroc, comme dans les pays du monde arabe, la réglementation de la propriété intellectuelle est relativement récente. Depuis toujours et jusqu'au xx<sup>e</sup> siècle, les droits d'auteur et créateur étaient inconnus. Un écrivain pouvait confier la reproduction et/ou l'édition de son manuscrit à plusieurs copistes en même temps et le possesseur d'un livre pouvait en disposer comme bon lui semblait. Il pouvait y incorporer des ajouts et même en modifier le contenu et proposer la nouvelle version à la vente pour son propre compte. Les traducteurs et adaptateurs d'œuvres aussi. En somme, une fois l'œuvre publiée, elle appartenait au public. Elle entrait dans le domaine public.

Dans les ateliers de reliure tout autour des bâtiments de l'Université Karaouiyyine à Fès (Maroc), les copistes<sup>1</sup> exerçaient la transcription des cours, des traités et des œuvres au programme d'études librement. Ils pouvaient les reproduire en nombre, les revendre et en tirer profit sans verser de droits à leurs auteurs d'origine qui, le plus souvent, appartenaient à d'autres époques ou résidaient dans d'autres pays. Tout au plus, les auteurs en recevaient gloire de renommée, en général à titre posthume. Quand cela arrivait de leur vivant, la popularité de leurs œuvres les désignait à la générosité de la cour royale ou des mécènes.

Avec l'arrivée du protectorat français en 1912 et l'introduction de l'imprimerie moderne, la propriété littéraire, commerciale et industrielle reçut une première réglementation au Maroc. Ce furent les *dahirs*<sup>2</sup> de 1916 portant l'un sur le droit des brevets et l'autre sur le droit d'auteur révisés respectivement une et deux fois.

Actuellement, la propriété littéraire et artistique et droits voisins sont régis par la loi du 15 février 2000<sup>3</sup> et gérés pour ce qui est des droits pécuniaires par un organisme public: le Bureau marocain de droit d'auteur (BMDA) créé par décret le 8 mars 1965.

Contrairement à des pays du monde arabe qui étaient, jusqu'aux années 90, dépourvus de législation sur le droit d'auteur<sup>4</sup>, ou qui en étaient restés jusque-là, à

\* Professeur de propriété intellectuelle à l'Université de Rabat.

une vieille réglementation<sup>5</sup>, le Maroc semble avoir une tradition en la matière. Après l'indépendance, et pour des raisons de mise à jour des textes et de marocanisation de la gestion des droits, le Maroc s'est doté de ses propres instruments : le BMDA et le *dahir* du 29 juillet 1970. Mais depuis 1993, la propriété intellectuelle a connu, avec l'Accord sur les droits de la propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC/TRIPS), des bouleversements tels que tous les pays membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sont appelés à harmoniser leur réglementation selon les nouvelles normes et procédures internationales.

Classé dans la catégorie des pays en développement, le Maroc, signataire de l'Accord sur les ADPIC, avait jusqu'à début 2000 pour remettre à niveau sa législation sur la propriété intellectuelle. Ce fut fait avec la loi sur les droits d'auteur et droits voisins du 15 février 2000.

Toutefois, si la réglementation de la propriété intellectuelle date au Maroc de près d'un siècle, la part de l'industrie des brevets et droits d'auteur sous forme d'investissements dans la recherche scientifique, de royalties et de licences est insignifiante voire nulle dans le produit national brut. Dans les pays développés, elle est substantielle malgré la piraterie<sup>6</sup> et passe pour la matière première du *xxi*<sup>e</sup> siècle.

Pour analyser la législation marocaine sur les droits d'auteur et droits voisins et pour en dégager les caractéristiques principales, de façon à les présenter au lecteur et afin de les comparer à ce qui existe dans les pays développés, il est nécessaire d'aborder la loi du 15 février 2000 sur la base de critères communément admis dans ce domaine. Des critères issus des conventions internationales sur le droit d'auteur et consacrés par la législation des pays développés et la jurisprudence de leurs tribunaux.

Au Maroc, pendant tout un siècle, la réglementation de la propriété intellectuelle était largement inspirée du droit français. C'est le cas des *dahirs* de 1916 et 1970<sup>7</sup> sur le droit d'auteur, quoique la pratique marocaine soit en retrait sur ces textes. Avec la loi du 15 février 2000, le Maroc a puisé dans les « dispositions types pour la législation sur le droit d'auteur » que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a conçues suivant les résolutions de ses « organes recteurs » pour une meilleure protection de la propriété intellectuelle au niveau mondial. C'est une première dans un pays où le droit était jusque-là calqué sur celui de l'ancienne métropole mais non sans lacunes, insuffisances et dérives.

Pour en savoir plus sur le droit marocain de la propriété littéraire et artistique et droits voisins, nous allons l'aborder sur la base de quelques grandes interrogations afin de mettre en relief la législation en vigueur, les œuvres protégées, la titularité des droits, les droits accordés à l'auteur, les exceptions de la protection, la durée de protection, les formalités et enfin la documentation et les sanctions. Ces grandes interrogations feront l'objet des six titres de cette étude qui a pour ambition de faire le tour du droit d'auteur au Maroc, de relever ses particularités et de souligner ses lacunes.

## Œuvres protégées

### Conditions de la protection

Pour être protégée, une œuvre doit remplir quelques conditions :

- Être originale : alors que le *dahir* du 29 juillet 1970 et la loi française définissent l'œuvre originale comme étant « l'œuvre qui dans ses éléments caractéristiques et dans sa forme ou dans sa forme seulement permet d'individualiser son auteur », le nouveau texte marocain se contente de stipuler qu'il s'applique « aux œuvres qui sont des créations intellectuelles originales dans le domaine littéraire et artistique ». L'originalité est toutefois une condition capitale. Cependant, si le droit d'auteur confère à une œuvre tous les attributs de la protection dès lors qu'elle est originale, cela ne préjuge pas de sa qualité. On ne peut conclure du droit à la protection d'une œuvre que si celle-ci est artistiquement réussie, intellectuellement originale, talentueuse ou créée *ex nihilo*.
- Se présenter sous forme d'expression et non d'idée : comme le dit si bien Henri Desbois « les idées sont de libre parcours et ne donnent pas prise aux droits d'auteur<sup>8</sup> ». Par conséquent, une idée ne peut être protégée de façon privative et exclusive. Seule peut être protégée sa forme d'expression : livre, tableau de peinture, film, partition, pièce de théâtre, etc. Si l'idée se prête à une application scientifique ou technique, sa protection légale relève du droit des brevets.
- Avoir un auteur : pour assurer la paternité d'une œuvre, l'article 47 de la loi du 15 février 2000 exige « de faire figurer sur chacun des exemplaires, le nom ou la marque de l'auteur ». Aussi, un auteur est présumé tel et investi des droits afférents à son statut du seul fait que son nom apparaît sur l'œuvre d'une manière visuelle (article 38). Si l'œuvre est anonyme ou publiée sous un nom d'emprunt, c'est l'éditeur qui tient lieu d'auteur.

La condition d'être fixée sur un support tangible n'est pas requise par l'ancienne loi de 1970 ni par la nouvelle loi de 2000. C'est peut-être pour ne pas exclure les œuvres orales de la protection, d'autant que les chants populaires, contes et autres œuvres du folklore marocain circulent encore oralement. La loi française ne fait pas non plus état de cette condition qui passe pour une particularité du *Copyright Act* américain. Les articles 1<sup>er</sup> et 7 de la loi française précisent cependant qu'une œuvre est réputée créée du seul fait de sa réalisation même inachevée, indépendamment de sa divulgation ou non au public. Le texte marocain ne prévoit ni l'une ni l'autre des deux conditions et stipule en son article 2 que la protection commence dès la création de l'œuvre même si celle-ci n'est pas fixée sur un support matériel.

### *Catégories d'œuvres par modes d'expression*

Les œuvres de l'esprit sont innombrables et variées. Le texte marocain, tout comme tant d'autres, ne se hasarde pas à en arrêter une liste. À titre indicatif, il en cite une douzaine qui, du reste, recoupe principalement les catégories d'œuvres retenues par l'article 2 de la Convention de Berne. Ainsi sont considérées comme œuvres de l'esprit notamment :

- les œuvres exprimées par écrit ;
- les programmes d'ordinateur ;
- les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres faites de mots ou exprimées oralement ;
- les œuvres musicales, qu'elles comportent ou non des textes d'accompagnement ;
- les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;
- les œuvres chorégraphiques et pantomimes ;
- les œuvres audiovisuelles y compris les œuvres cinématographiques et le vidéo-gramme ;
- les œuvres des beaux-arts, y compris les dessins, les peintures, les gravures, les lithographies, les impressions sur cuir et toutes les autres œuvres des beaux-arts ;
- les œuvres d'architecture ;
- les œuvres photographiques ;
- les œuvres des arts appliqués ;
- les illustrations, les cartes géographiques, les plans, les croquis et les œuvres tridimensionnelles relatives à la géographie, la topographie, l'architecture ou la science ;
- les expressions du folklore et les œuvres inspirées du folklore ;
- les dessins des créations de l'industrie de l'habillement.

La particularité de la loi du 15 février 2000 est qu'elle régleme l'exploitation du folklore national de façon restrictive. Certainement parce que le Maroc en est riche, avec des variétés propres à chaque région, et qu'il est l'objet d'exploitation commerciale de façon frauduleuse<sup>9</sup>. Mais alors que le *dahir* du 29 juillet 1970 le définit comme « toutes œuvres non publiées, d'auteur inconnu mais pour lequel il y a lieu de présumer qu'il est marocain », le nouveau texte n'en donne plus de définition mais lui consacre une terminologie pratique : « l'œuvre inspirée du folklore ». Elle s'entend de toute œuvre composée à l'aide d'éléments empruntés au patrimoine culturel traditionnel marocain. L'article 7 soumet la fixation des œuvres du folklore et leur exploitation à l'autorisation du Bureau marocain de droit d'auteur et au paiement de taxes<sup>10</sup>. Au vu du piratage que connaît le folklore local au Maroc et à l'étranger, cette disposition est légitime mais le BMDA ne lui a pas encore donné de suite.

## Catégories d'œuvres par nombres d'exécutants

La loi du 15 février 2000 dresse une liste de catégories d'œuvres communes aux textes d'autres pays mais demeure en retrait sur les nouveautés apportées par ces derniers.

- *L'œuvre individuelle.* De statut juridique simple, une œuvre est dite individuelle quand elle est créée, divulguée ou exécutée par une seule personne.
- *L'œuvre collective.* L'article 1<sup>er</sup>, par. 3, la définit comme étant « une œuvre créée par plusieurs auteurs à l'initiative d'une personne physique ou morale qui la publie sous sa responsabilité et sous son nom, et dans laquelle les contributions personnelles des auteurs qui ont participé à la création de l'œuvre se fondent dans l'ensemble de l'œuvre, sans qu'il soit possible d'identifier les diverses contributions et leurs auteurs ».
- *L'œuvre de collaboration.* Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, par. 4, c'est « une œuvre à la création de laquelle ont concouru deux ou plusieurs personnes ».
- *L'œuvre composite.* C'est une « œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette œuvre » (article 1<sup>er</sup>, par. 6).
- *L'œuvre dérivée :* la loi définit comme œuvre dérivée « toute création qui a été conçue et produite à partir d'une ou plusieurs œuvres préexistantes » (article 1<sup>er</sup>, par. 5).

La loi du 15 février 2000 ne reconnaît pas « les compilations ». Aux États-Unis d'Amérique<sup>11</sup>, la section 103 (a) du *Copyright Act* de 1976 leur accorde la qualité d'œuvre au sens juridique du terme et les fait bénéficier de la protection légale. C'est une disposition salutaire pour les banques de données parce qu'elles reposent le plus souvent sur le traitement de travaux et de données préexistants couverts par le droit d'auteur. Conjuguée à l'arrivée de l'Internet, la reconnaissance des compilations comme œuvres de l'esprit a révolutionné les notions d'information et de communication. En France, le changement n'a pas tardé à s'imposer avec l'arrêt « Microfor/Le Monde » du 9 novembre 1983 de la Cour de cassation. Celle-ci a comblé le vide juridique et établi une jurisprudence favorable aux compilations et au travail documentaire. Pour la Cour, le travail intellectuel fourni par les producteurs de bases de données désigne leur production/prestation à la qualité d'œuvre originale. Ce travail réside dans la structure cohérente donnée à la matière, dans la plus-value documentaire, dans la valeur ajoutée informationnelle qui s'exprime en mots clefs, renvois, abstracts, résumés ou dictionnaire analogique et constitue une œuvre dérivée<sup>12</sup>. Depuis, la jurisprudence (arrêt Coprosa) et la législation (loi du 3 juillet 1985) ont évolué pour accorder aux banques de données une protection *sui generis* qui se présente comme un « droit d'extraction et de réutilisation ». Un droit exorbitant du droit commun atténué, toutefois, par une protection dans le temps qui n'excède pas les quinze années.

La loi du 15 février 2000 a fini par accorder aux banques de données, mécon-



nues par le droit et la jurisprudence au Maroc, la qualité d'œuvres protégées par le droit d'auteur au titre d'œuvres dérivées (article 5-b) mais sans autres précisions quant à la portée et à la durée de protection, ce qui n'incite pas les opérateurs télématiques à domicilier leurs banques de données au Maroc. Depuis que l'informatique s'est imposée dans le monde entier pour devenir un bien et un service de consommation généralisée, le législateur ne semble pas prendre conscience de cette opportunité pour initier le pays à l'économie de l'information et pour le familiariser aux technologies et entreprises du XXI<sup>e</sup> siècle.

### *Objets non protégés*

La jurisprudence des pays développés a, depuis longtemps, établi que la protection ne s'étendait pas à tout<sup>13</sup>. La loi du 15 février 2000 prévoit trois sortes d'exceptions (article 8) :

- les textes officiels de nature législative, administrative ou judiciaire ;
- les nouvelles du jour ;
- les idées, procédés, systèmes, méthodes de fonctionnement, concepts, principes, découvertes ou simples données, même si ceux-ci sont énoncés, décrits, expliqués, illustrés ou incorporés dans une œuvre.

Mais la jurisprudence n'a consacré aucune de ces exceptions depuis l'indépendance.

### **Titularité des droits d'auteur**

La nouvelle loi dans son alinéa 1 de l'article 1<sup>er</sup> définit l'auteur d'une œuvre comme « la personne physique qui a créé l'œuvre ». « Il est le premier titulaire des droits moraux et patrimoniaux sur son œuvre » (article 31). Pour qu'il soit considéré comme tel, « il suffit que son nom apparaisse sur l'œuvre d'une manière visuelle » (article 38). Mais malgré les précisions de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1, il peut s'agir de l'auteur lui-même ou de la personne qui a commandité l'œuvre et qui la publie sous son nom.

Apparemment, la loi du 15 février 2000 ne vise que les personnes physiques et ignore de ce fait les personnes morales. Celles-ci peuvent être cessionnaires de droits pécuniaires mais pas titulaires originaires de droits d'auteur. Cette remarque est confortée par le régime de protection prévu par ladite loi. Pour les personnes physiques, la protection court du vivant de l'auteur et cinquante années après son décès (article 26). Pour les personnes morales rien n'est prévu. Or, juridiquement, celles-ci peuvent « vivre » longtemps et faire courir leurs droits, si elles en sont investies de façon originaire, sur une longue durée. La loi française présente la même lacune<sup>14</sup>, peut-être parce que les personnes morales « ne sauraient, par elles-mêmes, faire des actes de création intellectuelle<sup>15</sup> ». Mais la jurisprudence a depuis longtemps comblé cette lacune en accordant la titularité originaire des droits à des sociétés<sup>16</sup>.

## Droits accordés à l'auteur

La loi du 15 février 2000 comme les textes européens sur le droit d'auteur et la Convention de Berne investissent l'auteur de deux sortes de droits sur son œuvre : les droits moraux et les droits patrimoniaux.

### *Droits patrimoniaux*

Les droits patrimoniaux dits aussi droits d'exploitations ou économiques sont abordés de façon détaillée par la loi de 2000 dans son article 10. L'auteur d'une œuvre a le droit exclusif de faire ou d'autoriser les neuf catégories d'actes suivants :

- éditer et reproduire son œuvre ;
- traduire son œuvre ;
- préparer des adaptations, des arrangements ou autres transformations de son œuvre ;
- faire ou autoriser la location ou le prêt public de l'original ou de la copie de son œuvre audiovisuelle, de son œuvre incorporée dans un phonogramme, d'un programme d'ordinateur, d'une base de données ou d'une œuvre musicale sous forme graphique (partitions), quel que soit le propriétaire de l'original, ou de la copie faisant l'objet de la location ou du prêt public ;
- faire ou autoriser la distribution au public par la vente, la location, le prêt public ou par tout autre transfert de propriété ou de possession, de l'original ou des exemplaires de son œuvre n'ayant pas fait l'objet d'une distribution autorisée par lui ;
- représenter ou exécuter son œuvre en public ;
- importer des exemplaires de son œuvre ;
- radiodiffuser son œuvre ;
- communiquer son œuvre au public par câble ou par tout autre moyen.

Le dernier alinéa de cet article précise que les droits de location et de prêt mentionnés ci-dessus ne s'appliquent pas à la location de programmes d'ordinateur dans le cas où le programme lui-même n'est pas l'objet essentiel de la location.

La loi du 15 février 2000 a fait une omission remarquable. Alors que le texte précédent (le *dahir* du 29 juillet 1970) faisait état d'un troisième attribut, le droit de suite, le texte actuel l'a écarté. Rappelons que cet attribut, commun aux pays de tradition de droit romain comme la France ou l'Italie, reconnaît aux auteurs d'œuvres graphiques et plastiques, nonobstant toute cession de l'œuvre originale, un droit inaliénable de participation au produit de toute revente de cette œuvre aux enchères publiques ou par l'intermédiaire d'un commerçant agréé. D'un taux presque uniformément fixé à 5 %, quel que soit le genre d'œuvre, le droit de suite profite à l'auteur de son vivant et après son décès à ses héritiers pendant cinquante ans.

## Droits moraux

Les droits moraux sont de caractère extrapatrimonial. Ils font partie des droits dits de la personnalité. Leur consécration par le législateur repose sur le fait qu'une œuvre est l'émanation de son auteur. Elle reflète sa personnalité et le ravit à lui-même. Par conséquent, l'auteur est fondé à ce que ses œuvres soient protégées contre les aisances de plagiat, ainsi que contre toute mutilation, déformation ou autre violation de son intégrité. La loi marocaine de 2000, tout comme celle de la plupart des pays européens, les considère comme perpétuels, inaliénables et imprescriptibles, et transmissibles seulement aux héritiers à la mort de l'auteur<sup>17</sup>. Mais alors que la première se contente de mentionner les héritiers sans autres précisions, par exemple, la loi française prévoit une hiérarchie dans la dévolution successorale des droits moraux<sup>18</sup>. L'article 9 de la loi marocaine investit l'auteur de trois droits :

- *Le droit de revendiquer la paternité de son œuvre.* Dit en doctrine «droit au nom» ou «droit au respect du nom<sup>19</sup>», le droit de revendiquer la paternité de son œuvre garantit à l'auteur la divulgation de son œuvre sous son nom. Le nom de l'auteur doit être indiqué sur tout exemplaire reproduisant l'œuvre et chaque fois que celle-ci est rendue accessible ou communiquée au public. Qu'est-ce que le nom de l'auteur et de quoi se compose-t-il ? La loi du 15 février 2000 ne le précise pas, mais la jurisprudence française a, depuis longtemps, établi qu'il comprend les patronymes et prénoms de l'auteur et sa qualité dans le sens des grades universitaires, des titres scientifiques et des distinctions honorifiques. Par ailleurs, le droit de revendiquer la paternité investit l'auteur du droit de s'opposer à toute usurpation de son nom et de sa qualité. Mais l'usurpation de qualité n'étant pas assimilée par la loi du 15 février 2000 à de la contrefaçon, sa répression relève du droit commun.
- *Le droit de garder l'anonymat ou d'employer un pseudonyme.* Clamer sa paternité sur une œuvre est un droit mais pas une obligation. Y renoncer est tout à fait légal. La nouvelle loi marocaine permet le recours à l'anonymat ou l'emploi d'un pseudonyme mais sans pour cela déchoir l'auteur de ses droits moraux et patrimoniaux sur son œuvre (article 9 (b)). Tant que l'anonymat n'est pas levé, c'est l'éditeur ou le mandataire qui les exerce pour son compte. Mais si l'œuvre porte atteinte à l'ordre public, à la sûreté de l'État ou aux bonnes mœurs, c'est la responsabilité de l'auteur qui est engagée et, en cas d'anonymat ou d'usage de pseudonyme, celle de l'éditeur.
- *Le droit au respect de l'œuvre.* La loi du 15 février 2000 ne fait pas état de ce droit d'une façon expresse mais l'article 9 (c) dispose que l'auteur peut «s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de son œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, qui seraient préjudiciables à son honneur ou à sa réputation». C'est le droit au respect de l'œuvre dit aussi droit à l'intégrité de l'œuvre. Le droit et la jurisprudence français le définissent dans les mêmes termes.

Dans un arrêt célèbre de 1965, la Cour de cassation déclarait que «le droit moral qui appartient à l'auteur d'une œuvre artistique donne à celui-ci la faculté de veiller, après sa divulgation au public, à ce que son œuvre ne soit pas dénaturée ou mutilée<sup>20</sup>». La jurisprudence a confirmé ce droit lors de la diffusion télévisée en France du film de John Huston *Asphalt jungle* produit initialement en noir et blanc et colorisé par les soins de la société américaine Universal qui en détenait les droits d'exploitation. Ainsi l'acquéreur d'une œuvre ne peut en disposer comme bon lui semble en public. Le droit commun l'investit certes de toutes les prérogatives de propriété, mais le droit moral lui interdit de faire de l'œuvre un usage abusif, comme le fait pour un exploitant de salle de cinéma de procéder à des coupures dans un film pour crudité ou obscénité de passages jugés comme tels par lui.

La loi du 15 février 2000 a écarté un attribut important d'ordre moral : le droit de divulgation. Retenu par l'ancien texte (*dahir* du 29 juillet 1970) et par l'actuel droit d'auteur français, il prévoit que l'auteur a seul le droit de décider si son œuvre est achevée et peut être divulguée. S'il estime qu'elle ne répond pas à son attente ou que la date de sa divulgation au public ne lui convient pas, il peut surseoir à sa publication de façon discrétionnaire et se soustraire ainsi à son obligation envers son éditeur mais moyennant indemnisation. Défini de la sorte, le droit de divulgation préside aux droits patrimoniaux. Si l'œuvre n'est pas divulguée au public, il ne peut y avoir de reproduction, de représentation ou toute autre exploitation, et les limitations de la protection ne sont pas applicables.

Dans beaucoup de pays, l'auteur est investi d'un quatrième attribut : le droit de retrait ou de repentir. D'un caractère exceptionnel voire exorbitant du droit commun, il confère à l'auteur, mais dans des conditions strictement réglementées, le droit de reprendre son œuvre ou de la modifier même après publication ou cession à un tiers. Les textes marocains de 1970 et de 2000 ne font pas état de cet attribut et semblent l'écarter.

## Les limitations légales aux droits d'auteur

Elles concernent les droits patrimoniaux de l'auteur et plus particulièrement le droit de reproduction et le droit de représentation. Prévues par les articles 12 à 24 de la loi du 15 février 2000, elles ont une incidence pécuniaire et consistent en des exceptions classiques communes à tous les pays et en des exceptions propres au Maroc et à beaucoup de pays en développement.

### *Les exceptions classiques*

Elles concernent :

- la libre reproduction à des fins privées sauf pour les œuvres d'architecture,

bases de données, logiciels et la reproduction reprographique des livres entiers et partitions des œuvres musicales ;

- la reproduction des œuvres d'art situées dans les lieux publics ;
- la libre utilisation à des fins d'information (revues de presse, etc.) ;
- la libre reproduction revêtant la forme de citation ;
- la libre utilisation à des fins judiciaire et administrative ;
- l'importation à des fins personnelles ;
- la libre représentation ou exécution publique d'œuvres lors de cérémonies officielles ou religieuses ou dans le cadre des activités d'un établissement d'enseignement ;
- la copie de sauvegarde (programmes d'ordinateur).

### *Les exceptions propres à la loi du 15 février 2000*

Ce sont des exceptions communes à beaucoup de pays en développement et remontent aux doléances insistantes des pays en voie de développement lors de la révision, à Paris en 1971, de la Convention de Berne et de la Convention universelle sur le droit d'auteur (Genève, 1952) et de l'adoption de deux nouveaux traités en 1996 dans le cadre de l'OMPI :

- la libre reproduction et utilisation d'œuvres pour l'enseignement ;
- la libre reproduction reprographique par les bibliothèques et services d'archives ;
- le libre dépôt de reproductions d'œuvres à caractère exceptionnel de documentation et d'enregistrements à valeur culturelle dans les archives officielles ;
- la reproduction temporaire (au cours des transmissions numériques) ;
- la liberté d'effectuer des enregistrements éphémères par des organismes de radiodiffusion.

Ces deux catégories d'exceptions sont assorties parfois de l'obligation de rémunération équitable et toujours de l'obligation de bon usage (*fair use*). La loi du 12 février 2000 n'en fait pas état expressément, mais à la lecture de son dispositif, il en ressort que les exceptions doivent s'effectuer loyalement et conformément aux bons usages<sup>21</sup>.

### *Exceptions et compensations courantes non prévues par la loi du 15 février 2000*

Ayant été révisé récemment, conformément aux obligations de l'Accord sur les ADPIC, le droit marocain des droits d'auteur et droits voisins est censé avoir comblé ses lacunes. Il n'empêche que beaucoup de questions relatives au droit des nouvelles technologies sont demeurées sans réponses comme : la neutralisation des mesures

techniques de protection des logiciels, la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur par des prestations de service en ligne, la copie de programmes d'ordinateur à des fins d'entretien ou de réparation, l'ingénierie à rebours des programmes d'ordinateur, la responsabilité des *start-up* pour hébergement de contrefaçon ou de matériel illicite, la responsabilité pour moteurs de recherche ou hyperliens renvoyant les usagers de l'Internet à des sites pirates ou de contrefaçon, la décompilation et adaptation des logiciels, les licences de site, le droit *sui generis* pour les banques de données non structurées, etc. En France, la loi du 3 juillet 1985 secondée par un effort jurisprudentiel et doctrinal soutenu répond à la plupart de ces questions. Aux États-Unis, elles ont fait l'objet de la *Digital millenium Copyright Act* du 28 octobre 1998.

Par ailleurs, les limitations aux droits patrimoniaux d'auteur sont corrigées dans beaucoup de pays industrialisés et quelques pays en développement par des régimes de compensation. La copie privée des programmes de télévision, des cassettes audio-vidéo et des disques, qu'on effectue soi-même à domicile gratuitement, a donné lieu au paiement de taxes sur les appareils de reprographie dont le produit est reversé aux sociétés des auteurs<sup>22</sup>. Aussi, dans certains pays la reproduction en nombre, partielle ou intégrale, d'œuvres protégées dans les établissements d'enseignement public et privé, qui était très contestée par les auteurs, a donné lieu à des accords entre le Ministère de l'éducation nationale et les sociétés d'auteurs pour les dédommager du manque à gagner<sup>23</sup>. De même, comme en Scandinavie et au Royaume-Uni, les bibliothèques publiques s'acheminent dans beaucoup de pays de l'Union européenne vers le prêt payant. De plus en plus, le lecteur est appelé à payer pour le prêt à domicile, une somme, certes symbolique, mais destinée à rémunérer les auteurs<sup>24</sup>.

## Durée de protection

Alors que, dans beaucoup de pays, la durée de protection est revue à la hausse comme en France, au Maroc, elle est demeurée la même qu'auparavant. Elle est en cela conforme au régime de la Convention de Berne tel qu'il a été révisé par l'Acte de Bruxelles en 1948. La durée est en principe la même pour toutes les œuvres mais varie dans le temps en fonction des droits et des catégories d'œuvres à protéger.

### *Durée des droits patrimoniaux*

La durée de protection des droits patrimoniaux est la même pour toutes les œuvres mais prend effet à des moments différents selon la catégorie de l'œuvre.

- *En général.* En vertu de l'article 26 de la loi marocaine de 2000, l'auteur jouit sa vie durant, et à quelque âge qu'il disparaisse, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. À son

décès, ce droit persiste au profit de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les cinquante années grégoriennes qui suivent.

- *Les œuvres de collaboration.* La loi de 2000 les soumet au régime général mais les cinquante années sont comptées à partir de l'année civile du décès du dernier coauteur survivant (article 26).
- *Les œuvres anonymes ou usant de pseudonyme.* La durée de protection des droits patrimoniaux est de cinquante années grégoriennes à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle l'œuvre a été divulguée. Si l'identité de l'auteur est révélée avant l'expiration de ce délai, le régime général s'applique (article 27).
- *Les œuvres collectives et audiovisuelles.* La durée de protection des droits patrimoniaux de ces œuvres est de cinquante années grégoriennes à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle l'œuvre a été divulguée. Toutefois, la date de divulgation de ces œuvres est parfois difficile à déterminer. Pour ce qui est de la loi française de 1957, elle accepte tous les modes de preuve du droit commun mais préconise la date du dépôt légal auprès de l'Institut national de l'audiovisuel. La loi marocaine de 2000 ne prévoit rien de tel et c'est regrettable. Les fonds de la Bibliothèque générale et Archives et du Centre cinématographique marocain y gagneraient si le législateur avait préconisé ce mode de preuve.

Selon la loi, la durée de protection ne peut excéder cinquante années après le décès de l'auteur ou du dernier survivant pour les œuvres collectives et les œuvres de collaboration, mais peut aller jusqu'à soixante, cent ans et même plus pour les œuvres individuelles si elles sont de personnes morales. Pour harmoniser les durées de protection, le *Copyright Act* américain prévoit deux durées standard qui reviennent finalement à conférer la même durée réelle de protection à toutes les catégories d'œuvres : cinquante années après le décès de l'auteur pour les œuvres individuelles et soixante-quinze années pour les œuvres anonymes ou usant de pseudonyme, les œuvres de commande et les œuvres des personnes morales<sup>25</sup>. Vu que les auteurs d'œuvres individuelles survivent en moyenne vingt-cinq ans après la divulgation de leurs œuvres et que celles-ci sont protégées pendant cinquante années après leur décès, cela leur fait une durée totale de protection de soixante-quinze années comme pour les autres œuvres.

### *Durée de protection des droits moraux*

Les droits moraux sont des droits extrapatrimoniaux. Attachés à la personne de l'auteur, ils accompagnent les œuvres dans le temps et leur assurent une protection particulière. Imprescriptibles et inaliénables, leurs attributs courent du vivant de l'auteur et après son décès au profit de ses ayants droit qui peuvent les exercer concurremment avec le Bureau marocain de droit d'auteur (article 60). D'une durée illimitée,

les droits moraux s'exercent même après l'extinction des droits patrimoniaux. Toutefois, en cas de violation de ces droits, l'auteur ou ses ayants droit sont tenus de porter plainte dans le délai de trente ans sinon la prescription prévue par le droit commun s'applique.

## Formalités, documentation et recours

La procédure d'enregistrement des droits et la documentation qui en résulte sont une tradition anglo-saxonne. Les autres pays ainsi que les pays du Maghreb ne les connaissent pas. Quant aux recours et sanctions, ils sont, pour ce qui est du principe, communs à tous les pays.

### Formalités

La loi du 15 février 2000 et le décret du 8 mars 1965 ne prévoient pas de procédure d'enregistrement ou de dépôt des œuvres. Mais le dépôt n'est pas tout à fait absent au Maroc. Le *dahir* du 7 octobre 1932 prévoit que toute œuvre produite en nombre et mise en circulation sur le territoire marocain<sup>26</sup> est soumise au dépôt de quatre exemplaires auprès de la Bibliothèque générale et Archives sise à Rabat. Mais ce dépôt n'a aucune relation avec le droit d'auteur, car ils ne sont pas couplés au Maroc.

Le Bureau marocain de droit d'auteur semble soumettre les œuvres qu'il administre à une procédure de déclaration et s'en tient pour ce qui est de la recevabilité de la procédure au rapport de sa commission d'authentification pour les inscrire à son répertoire.

### Documentation

Pour les textes français et marocain, la propriété de l'auteur sur son œuvre n'a pas besoin d'être attestée par un document délivré par un organisme créé à cet effet. Vu la lenteur endémique des démarches administratives, ce régime simple et pratique a l'avantage d'en faire l'économie. Toutefois, la mise en circulation d'une œuvre au Maroc s'accompagne, en vertu du *dahir* du 7 octobre 1932 sur le dépôt légal, d'une remise de quatre exemplaires à la BGA qui donne lieu à la délivrance d'un document attestant du dépôt. Un document qui, outre le nom et la qualité de l'auteur, mentionne des *claims*<sup>27</sup> qui rappellent les *copyright forms* du *Copyright Office* américain et du Bureau de droit d'auteur canadien<sup>28</sup>. Mais à la lecture de l'article 12 dudit *dahir*, il ressort que l'attestation de dépôt est purement déclarative de droit. Elle ne constitue en aucun cas un certificat de propriété de l'œuvre ni un certificat de titularité des droits y afférents<sup>29</sup>.



## Sanctions

La violation des droits d'auteur est sanctionnée par les dispositions de la partie IV de la loi du 15 février 2000 et par quelques autres dispositions du Code pénal. Considérée comme un délit, elle engage une procédure judiciaire spéciale et des peines propres à la propriété littéraire et artistique.

### Les délits de contrefaçon

La contrefaçon et l'utilisation illicite des œuvres protégées (la piraterie) sont les principaux délits en droit d'auteur mais la section VII du Code pénal ne traite que de contrefaçon. Elle la définit comme «étant la production, la représentation, l'adaptation, la traduction, la diffusion sur tout le territoire marocain de tout ou partie de l'une ou plusieurs des œuvres d'un auteur d'une façon illicite». Juridiquement, il y a contrefaçon quand trois conditions sont réunies: 1) la réalisation matérielle de l'œuvre; 2) la fabrication d'une œuvre protégée par le droit d'auteur; 3) l'édition de l'œuvre en violation des droits d'auteur.

Charles Canet, ancien spécialiste du droit d'auteur au Maroc, rajoute une quatrième condition: l'intention délictueuse du contrefacteur<sup>30</sup>. C'est une condition logique dans un pays qui compte plus de 30 millions d'habitants et où les opérateurs économiques, industriels et commerciaux initiés au droit d'auteur sont encore rares. Mais nul n'est censé ignorer la loi, sinon cela reviendrait à exonérer un contrefacteur malicieux de toute responsabilité s'il arrive à convaincre de sa bonne foi devant une juridiction conciliante. En France, la jurisprudence a, depuis longtemps, établi que «si le délit de contrefaçon d'une œuvre artistique est soumis comme les autres délits à la double condition de l'existence d'un fait matériel et de l'intention coupable de son auteur, la bonne foi de l'inculpé ne se présume pas: c'est à lui qu'incombe d'en apporter la preuve<sup>31</sup>».

### Procédure et saisie contrefaçon

La contrefaçon est un délit pécuniairement préjudiciable à l'auteur. Pour en limiter les conséquences, souvent irrémédiables, le législateur leur a consacré une procédure spéciale qui permet à la partie lésée de faire l'économie des démarches judiciaires ordinaires et d'engager une procédure en référé auprès du président du tribunal de première instance. Comme en dispose une circulaire du Ministère de la justice<sup>32</sup>, la saisie contrefaçon peut être ordonnée avant le jugement au fond et vise à mettre sous séquestre les reproductions illicites ou à faire cesser immédiatement les représentations ou exécutions publiques non autorisées. Ce qui confère un avantage à la partie demanderesse. Toutefois, si le *dahir* de 1970 permettait au saisi ou au tiers saisi de demander au juge qui a prononcé la saisie contrefaçon d'en cantonner les effets ou de soumettre la reproduction/exécution/représentation litigieuse à l'autorité d'un

administrateur constitué séquestre, la loi de 2000 ne prévoit pas cette possibilité.

Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 61 (b) stipule que «les dispositions des Codes de procédure pénale et civile qui ont trait à la perquisition et à la saisie s'appliquent aux atteintes au droit d'auteur». Ce qui implique, comme en dispose l'Accord sur les ADPIC dont le Maroc est signataire, que les titulaires du droit d'auteur (industries de logiciels) peuvent effectuer des perquisitions sans préavis dans les entreprises qui utilisent des copies de logiciels sans en avoir obtenu le droit. Ce qui est une procédure exorbitante du droit commun et que des pays comme la Suède et le Danemark contestent parce que le droit de perquisitionner sans préavis s'applique exclusivement aux affaires criminelles et non pas aux affaires civiles comme la contrefaçon.

Comme l'économie de la propriété intellectuelle est devenue transnationale par l'effet de la mondialisation, le quatrième alinéa de l'article 61 (b) prévoit que l'administration des douanes a le droit de suspendre la mise en circulation de marchandises soupçonnées d'être illicites et de les mettre sous séquestre au titre de mesure conservatoire.

Enfin, la loi du 15 février 2000 fait état de dispositions nouvelles dans le droit d'auteur marocain. L'article 65 prévoit des «mesures, réparations et sanctions en cas d'abus des moyens techniques et altération de l'information sur le régime des droits». Il s'agit de sanctionner la neutralisation des mesures techniques de protection, la fabrication de décodeurs pirates et la suppression de toute information relative au régime des droits.

### Les pénalités

Au Maroc, les sanctions du délit de contrefaçon sont organisées par les articles 575 à 579 du Code pénal et 64 et 65 de la loi sur le droit d'auteur. Comme c'est un délit qui peut mettre à contribution plusieurs personnes, l'ancien texte (article 61 du *dahir* de 1970) considérait comme responsable de contrefaçon la personne physique ou morale qui reproduit ou communique de manière illicite l'œuvre à l'exclusion des préposés même s'ils ont procédé à l'exécution du travail de contrefaçon. Ainsi défini, le contrefacteur était sanctionné d'une amende au montant fixé par la loi.

Avec la loi du 15 février 2000, la violation des droits d'auteur, si elle est commise intentionnellement ou par négligence et dans un but lucratif, expose toujours son auteur aux peines prévues par le Code pénal mais le montant des amendes est laissé à l'appréciation du tribunal qui a le pouvoir de le fixer compte tenu des gains que le contrefacteur a retirés de la violation. Cette peine dite principale est assortie par l'article 578 du Code pénal et par l'article 61 de la loi de 2000 de peines conservatoires. Les deux textes prévoient que les coupables sont, en outre, condamnés à payer les sommes égales aux montants des pertes de recettes produites par la reproduction ou la diffusion illicites ainsi qu'à la confiscation de tout matériel spécialement installé en vue de la reproduction illicite et de tous les exemplaires et objets

contrefaits. À la requête de la partie civile, le tribunal peut ordonner la publication du jugement de condamnation, intégralement ou par extraits, dans les journaux qu'il désigne et l'affichage dudit jugement dans les lieux qu'il indique notamment aux portes du domicile du condamné, de tous établissements, salles de spectacle lui appartenant, le tout aux frais de celui-ci sans toutefois que les frais de cette publication puissent dépasser le maximum de l'amende encourue (article 578 du Code pénal).

En cas de récidive, l'article 64 de la loi de 2000 prévoit que les autorités judiciaires ont autorité pour porter la limite supérieure des peines au triple.

### Procédures civiles

D'après la partie IV de la loi du 15 février 2000, la violation des droits d'auteur donne lieu, en plus des sanctions pénales, à une procédure et sanctions civiles.

La procédure civile joue entièrement dans le cas des différends relatifs aux contrats de cession des droits d'auteur et droits voisins. Mais comme il s'ensuit de fausses interprétations et des abus et que cela donne lieu à des actes de contrefaçon ou de piraterie, deux procédures se présentent : soit c'est le parquet (en vertu de sa mission première), ou le Bureau marocain de droit d'auteur (en vertu de l'article 60 de la loi de 2000) qui engage la procédure pénale et l'auteur se constitue partie civile ; soit c'est l'auteur lui-même qui engage la procédure pénale et, s'il y a contrefaçon, il saisit le juge civil pour apprécier le préjudice subi et pour en fixer la contrepartie pécuniaire.

Mais une question se pose. Quand le Bureau marocain de droit d'auteur est partie à une affaire, quelle est la juridiction compétente ? Les tribunaux judiciaires ou les tribunaux administratifs ? Supposons le cas d'un auteur qui conteste le montant de la rémunération qui lui est versée ou qu'il souhaite administrer ses droits par lui-même et les soustraire, ainsi, à la tutelle exclusive du BMDA. Vu que celui-ci est un établissement public, créé par décision gouvernementale et placé sous tutelle du Ministère de la communication, et que toute action contre la décision d'un établissement public est justiciable du droit et des tribunaux administratifs, il y a lieu de savoir devant quelle juridiction se présenter : le tribunal de première instance ou le tribunal administratif ? Et quel droit appliquer : le droit administratif ou le droit d'auteur ? La réponse est d'autant plus compliquée que ni l'un ni l'autre ne prévoient de grille de répartition des droits d'auteur et que, contrairement à des pays comme la France, le Liban ou l'Égypte, où il y a un tribunal des conflits, au Maroc il y a les deux ordres juridiques mais sans juridiction pour statuer sur les conflits de compétence. Par ailleurs, la propriété intellectuelle, tout comme les autres branches de droit, quand elles existent, a connu pendant les quarante dernières années une pratique qui alliait légalité et conjoncture. Tutélaire exclusif des œuvres exploitées au Maroc depuis sa création en 1965, le BMDA évolue dans le vide juridique<sup>33</sup>. Aussi, le pouvoir ayant présidé à tout, il n'y a pas eu de jurisprudence ni de doctrine en la

matière. Une étude sur l'administration (perception et répartition) des droits d'auteur donnerait un autre éclairage sur la propriété littéraire et artistique au Maroc.

## Notes

1. Ces copistes étaient en général des *tolbas* (étudiants) des *médersas* (écoles) attarine, cherratine, seffarine et bouanania. Ils exerçaient la transcription des livres et des documents pour de l'argent de poche et pour financer leurs études. La calligraphie arabe étant variée et se prêtant aux innovations, les bons copistes étaient bien rémunérés mais il n'était jamais question de droits d'auteur.
2. Au Maroc, un *dahir* (décret royal) est un texte signé par le roi.
3. Publié dans le *Bulletin officiel* le 6 juillet 2000, il entre en vigueur six mois après la publication.
4. L'Arabie saoudite, Bahreïn, l'Oman et le Koweït n'ont adopté de législation sur le droit d'auteur que dernièrement.
5. En Jordanie, la réglementation ottomane du droit d'auteur de 1910 est restée en vigueur jusqu'en 1999. Réglementation confirmée en 1981 par la jurisprudence de la Cour suprême. C'est paradoxalement dans ce pays, à réglementation archaïque, que se trouve le plus grand cabinet de conseil en propriété intellectuelle, Tallal Abu Gazaleh & Co, avec des représentants dans tous les pays arabes.
6. «Counterfeit merchandising is a booming business run by shady entrepreneurs — may with links to organized crime — who take advantage of inadequate laws and loose enforcement to sell everything from fake Rolex watches and sweatshirts to ersatz AZT and nuclear-power-plant parts. Experts say it's costing US businesses some 200 billion USD a year — and placing public health and safety at grave risk.» Tim Sandler, *The Boston Phoenix*, le 2 décembre 1994.  
 The International Anticounterfeiting Coalition Inc. (Washington) estimates that 5 % to 8 % of all products and services worldwide are counterfeit. Marc Green, NYC Consumer Affairs Commissioner, estimates counterfeiting costs the city over 350 USD millions in lost tax revenues to New York.
7. La littérature sur le droit d'auteur au Maroc est peu fournie mais il y a lieu de citer l'excellent manuel rédigé par Charles Canet pour présenter le *dahir* du 29 juillet 1970. *Manuel du droit de la propriété littéraire et artistique au Maroc*, Rabat, Éd. Moncho, 1973.
8. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1978, p. 27.
9. Cette disposition a été introduite par le *dahir* de 1970 et reconduite par la loi du 15 février 2000 parce qu'il est fréquent que des chasseurs étrangers de sons et d'images enregistrent sur le vif des chants et des danses populaires pour les exploiter à l'extérieur du Maroc à leur propre compte sans payer de royalties ni aux auteurs ni au BMDA.
10. Le *dahir* du 29 juillet 1970 prévoyait que le produit de la taxe serait consacré à des fins d'intérêt général ou professionnel par le ministère de tutelle. Mais cette disposition n'a pas eu de suite.
11. Voir P. Marcus, D. Myers, D. Nimmer et M. Nimmer, *Cases and materials on copyright*, 4<sup>e</sup> édition, West Publishing Co., 1991, p. 103-116.

12. Voir, sur cet arrêt et sur la problématique droit d'auteur et banques de données, Sandra de Faultrier, «Droit d'auteur et droit de reproduction», *Documentaliste*, vol. 22, n° 2, mars-avril 1985, p. 53-64.
13. Voir, pour la France, l'arrêt de la section commerciale de la chambre commerciale de la Cour de cassation, 29 décembre 1960, *Gazette du Palais*, 25-28 février 1961.
14. Voir l'article 33 de la loi du 15 février 2000 et l'article 13, par. 1, de la loi française de 1957.
15. Arrêt de la cour d'appel de Paris, 13<sup>e</sup> chambre, 27 mai 1975, *Dalloz Périodique*, 1976, J., p. 104 et suiv.
16. Cf. l'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 26 octobre 1977 ; cf. l'arrêt de la Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 24 mars 1993.
17. En France, la loi du 11 mars 1957 investit le droit moral d'un quatrième caractère : l'insaisissabilité.
18. Pour l'exercice des droits moraux (ex. : droit de divulgation), la loi française de 1957 prévoit qu'il peut être assuré, après le décès de l'auteur, par des exécuteurs testamentaires (ex. : fondations). Au Maroc, la loi renvoie aux ayants droit au sens des descendants. Or ceux-ci n'ont pas toujours les mêmes moyens que les fondations pour assurer le respect de ces droits en justice.
19. Cf. Roland Dumas, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, 1987, p. 208-213.
20. Arrêt de la Cour de cassation, première chambre civile, 6 juillet 1965, *Gazette du Palais*, 5-6 septembre 1965.
21. Voir, sur le *fair use*, Roger E. Schechter, *Unfair trade practices and intellectual property*, 2<sup>e</sup> éd., West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1993, p. 112-115. Voir aussi P. Marcus, D. Myers, D. Nimmer et M. Nimmer, *op. cit.*, p. 97-98-414-416-471-549.
22. Exemple : en Italie, l'article 3 de la loi n° 93/1992 institue un pourcentage sur le prix de vente des cassettes, bandes et autres supports d'enregistrement sonore et audiovisuel et des appareils d'enregistrement au profit de la société d'auteurs italienne (SIAE).
23. En France, un accord du 16 mars 1993 entre le Ministère de l'éducation nationale et le Centre français d'exploitation du droit de copie institue au profit de celui-ci une rémunération forfaitaire pour les copies faites dans les établissements publics d'enseignement secondaire et supérieur.
24. Voir Silke von Lewinski, Public Lending Right, «A general and comparative survey of the existing systems in law and practice», *Revue internationale de droit d'auteur*, n° 154, 1992, p. 3-81.
25. Cf. la section 302 du *Copyright Act* américain de 1976.
26. Selon le *dahir* du 7 octobre 1932, le dépôt légal concerne, au Maroc, les livres, les journaux, les magazines, les cartes postales, les affiches, les sérigraphies, les photos, les gravures, les estampes, etc.
27. Pour les ouvrages, la déclaration doit mentionner : 1) le titre de l'ouvrage, les noms et sujets pour les estampes, gravures, photographies, affiches, cartes, etc., 2) le chiffre du tirage, 3) le nom de l'auteur ou la mention d'anonymat, 4) le nom, l'adresse et la qualité de la personne pour laquelle est fait le tirage, 5) la date de l'achèvement du tirage.
28. Cf. les sections 409 et 410 du *Copyright Act* américain et *Form PA, TX et VA du Copyright Office* ; cf. les articles 53 et 54 de la loi canadienne sur le droit d'auteur.
29. En France, le dépôt légal est mentionné comme moyen de preuve pour marquer le commencement des droits d'auteur pécuniaires relatifs aux œuvres cinématographiques et

vidéogrammes. La loi du 3 juillet 1985 institue l'obligation de les inscrire au registre public de la cinématographie ainsi que tous les actes et conventions intervenant à l'occasion de la production, de la distribution, de la représentation de toutes les œuvres audiovisuelles.

30. Charles Canet, *op. cit.*, p. 76. Mais à la page 82, le même auteur exclut la légitimité du quatrième élément en se rangeant sur la jurisprudence française qui, pour sa part, ne retient pas la présomption d'innocence en matière de contrefaçon.
31. Cf., en France, l'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, 1<sup>er</sup> février 1912, *Gazette du Palais*, 1912, 1, p. 438.
32. Circulaire du Ministère de la justice du 1<sup>er</sup> décembre 1971 adressée à toutes les juridictions du Royaume du Maroc.
33. En France, la constitution des sociétés de gestion des droits d'auteur est soumise à l'obtention d'un agrément du Ministère de la culture. Aussi, afin de garantir la bonne administration des fonds qu'elles gèrent et vu qu'ils sont souvent d'un montant considérable, lesdites sociétés doivent s'inscrire au registre du commerce des sociétés civiles et désigner un ou plusieurs commissaires aux comptes.

## **La nouvelle loi libanaise sur le droit d'auteur**

Micheline Ferran

Le 17 mars 1999, le Parlement libanais votait en seconde lecture une loi ayant pour objet la protection de la propriété littéraire et artistique. Les débats parlementaires qui ont eu lieu à cette occasion ont montré que la protection du logiciel a été au cœur des discussions, alors que le texte avait aussi pour objectif de mettre la législation nationale en conformité avec l'accord sur les ADPIC (Accords sur les aspects de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce) tout en ouvrant la voie à l'adhésion du Liban à certaines conventions internationales. Il s'agissait, par ailleurs, de renforcer le droit d'auteur qui avait connu très peu de changements depuis l'arrêté n° 2385 du 17 janvier 1924.

Le besoin de moderniser cet arsenal législatif désuet s'est fait de plus en plus sentir, le Liban étant considéré comme un pays où, d'une part, la lutte contre la contrefaçon est une nécessité et où, d'autre part, les créations artistiques, littéraires et même technologiques représentent un potentiel de richesse qu'il convenait de mieux protéger.

Ces objectifs montrent bien l'importance de la réforme, puisqu'il s'agit d'une refonte entière de la loi sur le droit d'auteur où toutes les questions fondamentales ont été en principe abordées.

On présentera d'abord les grandes orientations de la loi avant d'exposer certaines dispositions particulières pour lesquelles il serait intéressant de relever les particularités ou les incertitudes.

### **De grandes orientations animées par un souci de s'intégrer dans l'ordre international**

#### *Une refonte de la législation de 1924*

La structure de base de la loi a été complètement renouvelée: le texte est divisé en 12 chapitres. Le chapitre I est un chapitre de « Définitions », le chapitre II s'intitule « Des œuvres concernées par la protection », le chapitre III détermine « Les titulaires du droit d'auteur et les conditions de la protection », le chapitre IV, « De l'étendue de la protection légale », concerne les bénéficiaires de la protection au regard des œuvres émanant d'auteurs étrangers, le chapitre V, « Des droits accordés au titulaire

du droit d'auteur», précise les prérogatives dont seront investis les auteurs, le chapitre VI, «Des exceptions aux droits d'auteur», le chapitre VII innove en accordant une place particulière aux «Droits voisins», le chapitre VIII précise «La durée de la protection», le chapitre IX traite «Des associations ou sociétés de gestion collective», le chapitre X est relatif aux «Formalités de dépôt», le chapitre XI concerne «Les mesures conservatoires, de réparation et les sanctions applicables» et le chapitre XII «Les mesures transitoires et provisoires».

### *Une terminologie qui illustre les nouvelles exigences de l'environnement numérique (article 1)*

Il s'agit d'une loi générale assortie d'une terminologie moderne que le législateur a pris le soin de préciser dans un chapitre introductif, en tenant compte des nouvelles possibilités qu'offre l'environnement numérique pour la communication et la diffusion de l'œuvre. Ont notamment été définies les notions de représentation, d'exécution publique, de diffusion, de reproduction, de publication et de communication de l'œuvre au public.

Si l'on s'en tient aux notions de représentation et de reproduction, il est d'ores et déjà important de préciser les définitions dont elles ont fait l'objet. En ce qui concerne la représentation de l'œuvre, elle consiste à exécuter l'œuvre par des représentations vivantes comme l'exposition, l'interprétation d'un morceau de musique, la lecture ou la récitation publiques, la représentation théâtrale ou chorégraphique mais aussi par tout autre procédé soit directement, soit par le truchement de tout matériel ou procédé. Cette représentation sera considérée comme publique lorsqu'elle se produira dans un lieu ou des lieux susceptibles d'accueillir un nombre de personnes dépassant le nombre des membres d'une même famille ou leurs proches les plus directs.

Quant à la reproduction, elle consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre en un exemplaire ou plus, par tous procédés et notamment par enregistrement permanent ou provisoire de l'œuvre sur des disques, cassettes ou CD-ROM, ou dans une mémoire électronique.

La publication a fait l'objet d'une disposition particulière : elle consiste, avec le consentement de l'auteur de l'œuvre ou du producteur de l'enregistrement sonore, à mettre à disposition du public des exemplaires d'une œuvre ou d'un enregistrement sonore en nombre suffisant pour satisfaire les besoins raisonnables de ce public, que ce soit par location, vente ou tout autre procédé de transfert de propriété ou du droit d'usage du support matériel. Ce terme s'applique aussi à toute mise en circulation de l'œuvre par tout procédé électronique.

Toutefois ne constituent pas une publication la représentation d'une œuvre dramatique, musicale ou cinématographique, l'exécution d'une œuvre musicale, la récitation publique d'une œuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion d'une



œuvre artistique ou littéraire, l'exposition d'une œuvre d'art ou la construction d'une œuvre architecturale. De même n'est pas considérée comme publication d'un enregistrement sonore, son audition ou sa diffusion par n'importe quel procédé ou matériel.

Enfin, la communication au public s'entend de toute opération par laquelle, par un vecteur de télécommunication de sons et d'images ou l'un des deux, est transmise une œuvre aux fins de sa réception par le public, de telle sorte qu'il puisse l'auditionner ou la visionner à partir des lieux éloignés du centre d'émission. De plus, on entend par cette acception toute mise à disposition de l'œuvre vis-à-vis du public par le truchement de procédés de télécommunication *on line* (comme l'Internet) ou *off line* de manière à permettre à toute personne d'y avoir accès, de l'endroit et au moment qu'elle a choisis individuellement.

---

Ces précisions tant sur le droit de reproduction que sur le droit de communication au public s'expliquent par le souci du législateur libanais de prendre en considération l'évolution rapide des nouvelles technologies et tout particulièrement l'Internet avec comme objectif de s'aligner sur les nouveaux traités de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur. De plus, cette approche n'est pas sans rappeler la méthodologie législative anglo-saxonne pour laquelle les précisions terminologiques font partie intégrante du dispositif législatif.

---

De même, la loi définit ce qu'elle entend par auteur d'une œuvre — toute personne physique qui crée une œuvre — pour distinguer probablement l'auteur-créateur, du titulaire du droit d'auteur dans les hypothèses où ils ne sont pas les mêmes, ce qui peut être le cas pour les œuvres collectives, les œuvres créées par des salariés et les œuvres audiovisuelles (voir *infra*). En ce qui concerne les droits voisins, sont définis les enregistrements sonores et les producteurs de ces enregistrements (voir *infra*).

### *Une extension des œuvres protégeables visant les logiciels et les bases de données (articles 2, 3 et 4)*

Une liste non limitative visant une série d'œuvres de genres différents parmi lesquels figurent les logiciels

Un principe directeur est énoncé par la loi : sont protégées par le droit d'auteur toutes les œuvres de l'esprit, qu'elles soient écrites, plastiques, graphiques ou orales, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination (article 2).

Le législateur dresse ensuite une liste non limitative des créations susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur : à titre d'exemple sont cités les livres, journaux, périodiques et tous autres écrits, les œuvres littéraires orales comme les confé-

rences, allocutions ou discours, les œuvres audiovisuelles, les photographies, les compositions musicales avec ou sans paroles, les œuvres théâtrales ou comédies musicales, les œuvres chorégraphiques, les numéros ainsi que les pantomimes, les œuvres d'art comme les peintures, sculptures, gravures, lithographies, les dessins et plans d'architecture, les logiciels (quel que soit le langage utilisé) en y incluant les travaux de conception préparatoire, les cartes, croquis, ouvrages graphiques typographiques, scientifiques et architecturaux et enfin les œuvres d'art plastique qu'elles aient ou non une application industrielle (ou un caractère industriel).

---

Ainsi est désormais protégé au titre d'une œuvre de l'esprit par le droit d'auteur le logiciel ou programme d'ordinateur en conformité avec l'article 10 des accords ADPIC qui stipule que les programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet, seront protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la Convention de Berne. Toutefois, malgré ce parti pris, il n'en demeure pas moins que le législateur n'a pas jugé utile de consacrer à cette protection un régime spécifique, se contentant de faire figurer les logiciels dans la liste des œuvres énumérées susceptibles d'être protégées à ce titre, avec toutefois des exceptions particulières dérogeant au droit commun (voir *infra*).

---

### Une disposition spécifique concernant les œuvres dérivées parmi lesquelles figurent les bases de données

La loi dispose également que la protection s'étend aux œuvres dérivées ou secondes à condition de ne pas porter préjudice aux droits de l'auteur de l'œuvre première. Les œuvres visées par cette protection sont les suivantes :

- les traductions des œuvres ainsi que leurs variations, transcriptions, adaptations à d'autres formes d'art et les arrangements d'une œuvre musicale ;
- les recueils d'œuvres ou de données accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière, avec l'autorisation de l'auteur ou de ses ayants droit, dès lors que le choix ou la disposition des matières est original (article 3).

---

Cette dernière catégorie illustre bien la dimension nouvelle qu'a voulu donner le législateur libanais à la réforme du droit d'auteur, étant entendu qu'il était indispensable de tenir compte de l'accord ADPIC quant aux dispositions relatives «aux compilations de données ou d'autres éléments qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles» (article 10). Ainsi les bases de données sont désormais protégées par le droit d'auteur si elles sont originales, cette originalité au sens du législateur résultant du choix ou de la disposition des matières révélant un caractère

créatif. Par ailleurs, et le texte prend le soin de le rappeler, cette protection de la base de données s'exerce sans préjudice des droits des auteurs des différentes créations la composant.

---

### *Une protection des œuvres étrangères conforme aux conventions internationales (articles 12 et 13)*

Les œuvres originales émanant d'auteurs étrangers ont fait l'objet de dispositions particulières directement influencées par des considérations d'ordre international. Le Liban ayant adhéré le 30 septembre 1947 à la Convention de Berne dans sa version révisée à Rome du 20 juin 1928, à la Convention universelle de 1971, et tout dernièrement à la Convention de Rome sur les droits voisins du 26 octobre 1961, il était indispensable de consacrer dans cette loi les principes directeurs de ces conventions.

Ainsi, *le principe de l'assimilation au national* a été expressément respecté dans la mesure où il est prévu que les créateurs non libanais d'une œuvre de l'esprit (littéraire ou artistique) devraient bénéficier de la protection du droit d'auteur telle que définie dans la présente loi, dès lors qu'ils sont ressortissants de l'un des pays signataires de l'Union de Berne ou de la Convention universelle (article 12).

En outre, cette assimilation au national a été accordée aux ressortissants des pays de la Ligue arabe non signataires des deux conventions précitées, sous réserve que les États dont ils sont ressortissants reconnaissent la même protection aux ressortissants libanais en application du principe de réciprocité.

Par ailleurs, le bénéfice de cette protection a été expressément octroyé aux producteurs étrangers d'œuvres audiovisuelles qui auraient un siège principal ou une domiciliation au Liban, ou dans l'un des pays signataires des deux conventions (article 12, alinéa 5).

La loi libanaise (reprenant en cela l'arrêté de 1924) reconnaît ensuite la protection à des œuvres littéraires ou artistiques publiées pour la première fois au Liban ou dans l'un des pays signataires de l'Union de Berne ou de la Convention universelle. Cette même protection a été accordée aux œuvres non publiées pour la première fois au Liban ou dans l'un des pays adhérents des deux conventions précitées, si elles sont par la suite publiées au Liban ou dans l'un des pays concernés, dans les trente jours de leur publication dans le pays tiers (article 13).

Pour se conformer à la Convention de Rome, le principe du traitement national a été aussi consacré à l'égard des titulaires des droits voisins.

La protection au titre de ces droits a été accordée :

- aux producteurs des enregistrements sonores, libanais ou ressortissants de l'un des pays membres de la Convention de Rome ;
- dans le cas où l'enregistrement sonore a été réalisé dans l'un des pays visés par la Convention ;

- dans le cas où l'enregistrement a été diffusé pour la première fois dans l'un des pays membres de cette Convention ou s'il a été diffusé en premier dans un pays non membre dès lors qu'il a été diffusé par la suite dans l'un des pays membres dans les trente jours de sa première diffusion (article 36).

Pour ce qui est des artistes-interprètes, la protection leur est accordée si l'interprétation a eu lieu au Liban ou dans l'un des pays signataires de la Convention de Rome, ou que la fixation de l'interprétation s'est faite sur un enregistrement sonore protégé conformément à l'article 36 précité, ou que la fixation de l'interprétation s'est faite par l'intermédiaire d'un programme radiotélédiffusé protégé selon l'article 38 de la loi (article 37).

Ont été visés, ensuite, les organismes et sociétés de radiodiffusion et télévision qui bénéficient de la protection au titre des droits voisins dès lors qu'il s'agit d'entreprises dont le siège social est au Liban ou dans un État adhérent à la Convention de Rome, ou encore dans l'hypothèse où la diffusion du programme a été réalisée par l'intermédiaire d'un émetteur localisé au Liban ou dans l'un des pays signataires de la Convention de Rome (article 38).

### *Une place à part accordée aux droits voisins (articles 35 à 48)*

À l'origine, l'arrêté de 1924 portant réglementation des droits de propriété commerciale et industrielle, artistique, littéraire et musicale pour le Liban protégeait uniquement au titre du droit d'auteur «les rouleaux, disques et cartons perforés pour machines et instruments de musique mécaniques», en d'autres termes, les seuls enregistrements sonores. Ce titre spécifique concernant les droits voisins constitue une avancée considérable rendue d'autant plus nécessaire qu'il s'agissait pour le Liban de se conformer, d'une part, à la Convention de Rome sur les droits voisins du 26 octobre 1961, convention qu'il a ratifiée tout dernièrement le 12 août 1997, et, d'autre part, à l'Accord sur les ADPIC (Accords sur les aspects de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce) de 1994.

Le législateur a regroupé sous cette rubrique les producteurs des enregistrements sonores, les artistes-interprètes ou exécutants, les organismes et sociétés de radiodiffusion et de télévision et les maisons d'édition. L'objectif est de protéger les différentes catégories auxiliaires de la création en vue de mettre obstacle à la communication au public des interprétations sans l'autorisation de l'interprète, et à la reproduction directe ou indirecte de supports matériels sans l'accord des producteurs des enregistrements sonores.

### *Une reconnaissance du droit d'auteur au créateur sans aucun formalisme (articles 5 et 76)*

La consécration d'un titre de la loi aux formalités de dépôt peut laisser croire que le droit libanais a adopté l'ancien système anglo-saxon en soumettant la protection des œuvres à l'accomplissement de formalités de dépôt. En réalité, il n'en est rien, car, après avoir disposé que le dépôt des œuvres, enregistrements sonores, exécutions, ou tout programme audiovisuel s'effectue auprès de l'Office de protection de la propriété littéraire et artistique qui se trouve au Ministère de l'économie et du commerce, la loi précise que ce dépôt fait présumer la propriété de l'œuvre, présomption qui peut être écartée par tout autre moyen de preuve (article 76).

Ainsi, conformément à la Convention de Berne, l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique (qui est, selon l'article 2 de la loi, la personne physique créatrice de l'œuvre) jouit sur cette œuvre du seul fait de sa création originale d'un droit d'auteur absolu, sans l'accomplissement d'aucune formalité (article 5).

---

Désormais, la formalité de dépôt est facultative alors que l'arrêté de 1924 (article 158) imposait le dépôt de l'œuvre aux auteurs non ressortissants de l'un des pays signataires de la Convention de Berne pour que ceux-ci puissent bénéficier de la protection accordée par la loi libanaise ou du moins pour être habilités à agir en justice en cas de poursuites et de répression de la contrefaçon.

---

### *Un rôle spécifique accordé aux associations et sociétés de gestion collective (articles 58 à 75)*

---

Cette intégration de la gestion collective dans la mise en œuvre du droit d'auteur et droits voisins se manifeste de différentes manières.

---

La loi comprend un titre spécial (titre IX) sur les associations ou sociétés de gestion collective qui ont pour objet de régir, de percevoir et de remettre aux auteurs et aux titulaires de droits voisins qui en sont membres les sommes ou redevances qui leur sont dues du fait de l'exploitation de leurs œuvres.

Dans ses relations avec ses membres, la société de gestion collective se fait habiliter pour gérer leurs droits en vertu d'un mandat écrit et notarié dans lequel sont expressément cités les droits concernés. Il s'agit d'un mandat à durée déterminée portant sur l'ensemble des œuvres actuelles ou futures de l'auteur ou du titulaire du

droit voisin, mais qui peut être limité à certaines œuvres et qui, dans les cas douteux, est considéré comme global (article 59).

Le statut de ces sociétés a fait l'objet de règles impératives notamment dans leurs rapports avec les pouvoirs publics, règles qui seront complétées par des décrets d'application (article 66). Ces sociétés d'auteurs peuvent revêtir la forme de sociétés civiles ou d'associations. Cependant, pour être habilitées à fonctionner, elles doivent déposer au Ministère de la culture et de l'enseignement supérieur une déclaration légale d'existence prouvant leur constitution et communiquer à ce dernier non seulement leurs statuts mais aussi la copie de mandats passés avec les auteurs adhérents, les modalités de répartition des droits de ces derniers ainsi que leurs comptes annuels (article 60).

Ces sociétés doivent, par ailleurs, communiquer au Ministère de la culture, à sa demande, tout autre document comptable ou registre pour faciliter l'exercice de ce contrôle. Elles doivent se doter d'un commissaire aux comptes et être obligatoirement assistées d'un avocat inscrit au barreau en qualité de conseil. Ce droit de regard de l'État sur ces sociétés d'auteurs permettra ainsi à l'autorité de contrôle de saisir le ministère public en cas d'infractions légales ou réglementaires répétées commises par elles (article 65).

La loi contient des dispositions spécifiques sur les attributions de ces sociétés leur permettant de contracter avec les exploitants des droits d'auteur, les accords relatifs à l'exploitation des œuvres qui figurent dans leur répertoire, de négocier les rémunérations correspondantes, de les répartir, ou encore d'agir par voies judiciaire, arbitrale ou amiable pour la défense des droits et des intérêts des titulaires de droits qu'elles représentent.

Elles doivent respecter toute une série de principes de transparence à l'égard de leurs membres: communication d'un rapport annuel d'activité aux auteurs mandants, droit de regard sur les comptes de ces sociétés, distribution des rémunérations collectées au moins une fois l'an et droit de résiliation fondé sur un motif légitime avec préavis préalable de trois mois avant la fin de l'année (article 67).

Enfin, ces sociétés ne peuvent refuser, sans motif légitime, l'adhésion d'un auteur, même si cette adhésion demeure facultative et qu'il reviendra aux auteurs d'en apprécier le bien-fondé et l'opportunité (article 68).

---

Ces développements accordés à l'organisation et à la gestion des sociétés d'auteurs et droits voisins traduisent de la part du législateur la volonté de promouvoir l'efficacité de la protection des droits des auteurs.

---

## De certaines dispositions qui méritent des observations particulières

### *Une condition de protection non explicitement visée mais implicite : la condition d'originalité (article 5)*

L'article 5 de la loi dispose que toute personne qui aura créé une œuvre littéraire et artistique se voit attribuer des droits d'auteur absolus du seul fait de cette création sans nécessité de l'accomplissement d'une quelconque formalité.

---

La version arabe du texte emploie le mot « créer ». Ce terme peut paraître peu explicite pour couvrir la condition d'originalité que doit revêtir une telle création. En toute hypothèse, il faut savoir que la protection à titre de droit d'auteur ne concerne que les œuvres qui sont le fruit d'un effort personnel de création portant l'emprise personnelle de l'auteur. L'œuvre doit être originale. Cette interprétation est la seule valable, cette condition découlant de la nature même du droit d'auteur. Elle se trouve confortée par la pratique des tribunaux libanais pour qui la protection est subordonnée fondamentalement à l'originalité.

---

### *Une liste d'œuvres exclues parmi lesquelles figurent les idées et les œuvres folkloriques, avec une exception pour ces dernières (article 4)*

Les créations exclues de la protection par le droit d'auteur ont été répertoriées : il s'agit des bulletins, quotidiens de presse, actes officiels (textes législatifs et réglementaires, décisions de justice), idées et données scientifiques abstraites, discours ou sermons diffusés dans des manifestations publiques — sauf pour celui qui en est personnellement l'auteur le droit exclusif de les rassembler et de les diffuser — et, enfin, les œuvres folkloriques faisant partie du patrimoine, sauf s'il s'agit d'une œuvre personnelle inspirée d'un thème folklorique (article 4).

---

Dans cette catégorie figurent en principe des œuvres qui, en dépit de leur caractère protégeable, sont cependant exclues du bénéfice du droit d'auteur en raison de leur destination, car, de par leur nature, elles doivent être diffusées et largement communiquées au public. C'est le cas des bulletins, quotidiens de presse, actes officiels, etc. De même, l'exclusion des idées et des données de la protection trouve son fondement dans un principe fondamental du droit d'auteur selon lequel le droit d'auteur protège l'expression des idées et non les idées elles-mêmes.

En ce qui concerne le folklore, il est intéressant de relever que le droit libanais a prévu une exception à cette exclusion, prenant en compte l'activité créatrice importante que déploient les artistes et créateurs dans le renouveau du folklore libanais.

---

### *Une titularité du droit d'auteur contrastée (articles 5 à 11)*

Le principe : la reconnaissance du droit d'auteur au créateur (personne physique) d'une œuvre originale

L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique est, selon la loi, la personne physique créatrice de l'œuvre (article 2).

La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée (article 11).

Pour ce qui est des œuvres anonymes ou pseudonymes, la qualité d'auteur appartient à la personne physique ou morale qui les a publiées. Toutefois, si la véritable identité de l'auteur est révélée, il lui reviendra pleinement de jouir de ses droits.

Les variantes : des œuvres émanant de plusieurs coauteurs ou des salariés

#### *Une approche minimale des œuvres de collaboration*

C'est dans le chapitre introductif sur les définitions que le législateur a pris le soin de définir l'œuvre de collaboration dans les termes suivants : « Il s'agit d'une œuvre à la création de laquelle a concouru plus d'une personne à condition qu'elle ne soit pas une œuvre collective. »

La loi libanaise distingue ensuite entre :

- d'une part, les œuvres dans lesquelles la contribution de chacun des différents participants se fond dans l'ensemble sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun sa part dans la création de l'œuvre ; dans ce cas, tous les coauteurs sont considérés à égalité ;
- d'autre part, les œuvres où il est possible d'identifier l'apport de chacun ou sa contribution ; dans ce cas, chacun des coauteurs sera considéré créateur indépendant de la partie de l'œuvre à laquelle il a contribué.

En toute hypothèse, il est précisé qu'aucun des coauteurs d'une œuvre de collaboration ne peut exercer ses droits d'auteur à titre individuel sans le consentement des autres, sauf convention écrite contraire.



---

La notion d'œuvre de collaboration ainsi conçue n'est pas sans ambiguïté. D'une part, sa définition par référence à l'œuvre collective n'en est pas une, d'autre part, la fusion ou l'identification de l'apport de chacun n'est pas un élément constitutif de l'œuvre de collaboration, mais tout simplement un critère permettant de répartir les fruits de l'exploitation de l'œuvre entre les coauteurs.

---

### *Le cas particulier des œuvres musicales (article 20)*

Pour les œuvres musicales, l'auteur et le compositeur ont des droits équivalents sauf accord contraire.

---

La consécration d'une disposition spéciale pour cette catégorie d'œuvres peut paraître insolite dans la mesure où cette œuvre peut être considérée à priori comme une œuvre de collaboration, où les droits sont exercés d'un commun accord et ce quelle que soit l'importance ou la part de chacun dans l'acte de création définitif qui peut néanmoins influencer sur la répartition des droits. Elle s'explique cependant par la place que représente la création musicale au Liban et la nécessité d'éviter des conflits quant à la répartition des bénéfices entre parolier et compositeur ayant participé au succès d'une partition musicale.

---

### *Une œuvre collective (article 7) tentaculaire*

C'est dans le chapitre introductif (article 2) que la définition de cette œuvre a été précisée, comme « une œuvre à laquelle a participé plus d'une personne physique, sur l'initiative et sous la coordination de la personne physique ou morale qui a pris la charge de la publier en son nom propre ».

Dans cette hypothèse, est considérée titulaire du droit d'auteur la personne morale ou physique qui a pris l'initiative de la créer et qui a dirigé sa réalisation, à moins d'une convention écrite contraire.

---

Si cette définition de l'œuvre collective a le mérite de la clarté dans la mesure où le législateur libanais a écarté toute référence aux apports respectifs des divers auteurs participant à son élaboration et à leur fusion en une création unique, il n'en demeure pas moins que, par cette acception large, la qualification d'œuvre collective sera privilégiée chaque fois qu'on sera en présence d'une participation à plusieurs mais initiée par une tierce personne, peu important la nature de la contribution concrète de chacun des

participants et le fait qu'on puisse ou non attribuer à chacun des auteurs qui y ont participé un droit indivis ou divis sur l'ensemble réalisé.

Sur un autre plan, il est permis de penser que la personne physique ou morale est seulement présumée titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre collective. Ce qui laisse supposer que les personnes physiques, les créateurs qui ont participé à l'élaboration de cette œuvre, ont conservé leurs droits moraux.

---

### *Les œuvres créées par des salariés (article 8)*

S'agissant des œuvres créées par les salariés en vertu d'un contrat de travail, et dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, l'employeur, personne physique ou morale, est considéré titulaire des droits d'auteur prévus aux articles 15 et suivants de la loi, à moins d'une convention écrite contraire.

---

Ainsi, contrairement aux pays de droit d'auteur et plus particulièrement au droit français où « l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'empêche aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu », c'est le principe de la dévolution automatique à l'employeur des œuvres créées par les salariés qui a été consacré, ces derniers devant alors pour éviter l'application de ce principe négocier au cas par cas la titularité de leurs droits patrimoniaux.

---

### *Le cas particulier des œuvres audiovisuelles (article 9)*

La définition de l'œuvre audiovisuelle se trouve dans l'article 2 du chapitre introductif : il s'agit d'une œuvre qui consiste en une série d'images reliées entre elles avec ou sans sons, correspondant à des séquences animées lorsqu'elles sont montrées ou diffusées, ou transmises au moyen de machines spécifiques.

À cet égard, il a été précisé qu'est considéré comme titulaire de droit d'auteur le producteur d'une œuvre audiovisuelle sauf accord écrit contraire. Ce producteur est toute personne physique ou morale qui a pris l'initiative et la responsabilité de la réalisation de cette œuvre audiovisuelle.

---

Ont été ainsi écartés tous ceux qui peuvent prétendre au statut de coauteur de l'œuvre audiovisuelle (scénariste, adaptateur, auteur du texte, compositeur musical, réalisateur, etc.) à moins d'une convention contraire.

Ces solutions particulières reflètent le souci du législateur libanais d'éviter toute

controverse ou discussion quant à la détermination des titulaires des droits d'auteur lorsqu'on n'est plus en présence d'un créateur isolé personne physique. À cet égard, on ne peut manquer d'évoquer la conception américaine du *work made for hire* où l'entreprise est considérée comme l'auteur, l'employeur étant même auteur originaire de l'œuvre créée par son salarié. Quoi qu'il en soit et si on reste dans l'optique du droit d'auteur français, on peut penser que l'employé ou tout autre créateur conserve son statut d'auteur avec les conséquences que cela entraîne sur le droit moral, l'employeur ou le producteur de l'œuvre étant déclarés ou considérés titulaires du droit d'auteur. En toute hypothèse et il faut le souligner, le droit libanais semble paradoxalement avoir subi une influence du système de *copyright*, du moins par l'attribution à maintes reprises des droits patrimoniaux à l'investisseur ou commanditaire de l'œuvre plutôt qu'à la personne physique qui en est le créateur.

---

### *Des droits dont sont investis les titulaires des droits d'auteur en conformité avec la Convention de Berne avec une acception élargie en vue d'intégrer l'environnement numérique (articles 14 à 22)*

La loi définit les divers aspects des droits patrimoniaux et moraux que le titulaire du droit d'auteur peut avoir sur l'œuvre (article 14).

Ces droits patrimoniaux permettent à l'auteur de jouir du droit exclusif d'exploiter son œuvre et d'en tirer un profit pécuniaire. À ce titre, le titulaire de l'œuvre peut autoriser ou interdire (article 15) :

- la reproduction, l'impression, l'enregistrement ou la fixation sur un support matériel de l'œuvre, par n'importe quel moyen, que ce soit par un procédé photographique, cinématographique, ou sur des supports phonographiques, ou cassettes vidéo ou CD-ROM ou par tout autre procédé équivalent ou semblable ;
- la représentation ou l'exécution publiques de l'œuvre ;
- la traduction de l'œuvre (en toute autre langue), y compris toutes adaptations ou paraphrases, arrangements et transformations d'œuvres musicales ;
- la distribution de l'œuvre, y compris la vente ou la location ;
- l'importation d'exemplaires de l'œuvre fabriqués à l'étranger ;
- la communication (ou transmission) au public de l'œuvre, que ce soit par un procédé de télécommunication, par onde hertziennes, par satellite, ou par tout autre moyen similaire, y compris toute réception de l'œuvre par radio-télédiffusion ou par satellite et sa retransmission publique par tout moyen permettant de capter le son et l'image.

Ces droits patrimoniaux sont cessibles : l'auteur peut les céder totalement ou partiellement à des tiers (article 16).

Toutefois, les contrats d'exploitation et de cession de ces droits patrimoniaux quel qu'en soit l'objet doivent revêtir la forme écrite, sous peine d'être déclarés nuls

entre les parties. Afin de préserver au mieux les droits de l'auteur, il est précisé que les droits objets de tels contrats doivent être explicitement cités et délimités quant au lieu et à la durée, et, à défaut d'une telle mention sur la durée, ils sont présumés de plein droit avoir été cédés ou concédés pour une durée de dix ans à compter de la date de signature de l'acte. Enfin, la participation proportionnelle aux recettes découlant de l'exploitation et de la vente de l'œuvre doit être obligatoirement prévue dans le contrat (article 17).

La cession globale et anticipée des œuvres futures est nulle (article 18). Cette disposition est destinée à garantir la liberté de création de l'auteur en empêchant que ce dernier ne soit lié de manière irrémédiable à un partenaire économique. En outre, ces contrats étant strictement cantonnés aux seuls droits patrimoniaux visés, ils sont d'interprétation stricte (article 19).

Quant aux droits moraux, deux articles spécifiques leur sont consacrés (articles 21 et 22).

L'auteur peut :

- décider si son œuvre doit être divulguée et sous quelle forme (droit de divulgation) ;
- exiger d'être reconnu comme auteur de l'œuvre qu'il a créée et décider si l'œuvre doit être divulguée en tant qu'œuvre anonyme ou pseudonyme (droit à la paternité et droit de garder l'anonymat) ;
- exiger le respect de l'œuvre en s'opposant à toute déformation, mutilation ou autres modifications de celle-ci ainsi qu'à tout acte ou toute atteinte dévalorisant l'œuvre ou préjudiciable à la réputation de l'auteur (droit au respect de l'intégrité de l'œuvre) ;
- retirer son œuvre du commerce en renonçant aux contrats de cession ou d'exploitation de ses droits patrimoniaux même après publication, à condition toutefois que cette renonciation soit justifiée par la nécessité de préserver sa réputation et sa personnalité, avec une indemnisation des personnes à qui cette renonciation risque de porter préjudice (droit de retrait de l'œuvre dit encore droit de repentir).

Enfin, il est précisé qu'on ne peut disposer de ces droits moraux, qu'ils sont insaisissables et qu'ils sont uniquement transmissibles par voie testamentaire ou par voie de succession.

---

D'un point de vue conceptuel, ce descriptif des droits exclusifs dont bénéficient les auteurs, la consécration de leurs droits moraux, de même que le dispositif protecteur des contrats relatifs à l'exploitation de leurs droits patrimoniaux impliquent une adhésion à la tradition du droit continental civiliste qui a inspiré la Convention de Berne. De plus, l'intégration du numérique n'a pas échappé au législateur libanais, de par les précisions apportées aux droits exclusifs de reproduction et de communication au public de l'œuvre. Certes le droit de suite — qui est le droit pour l'auteur d'une œuvre d'art ori-

ginale et, après sa mort, pour ses héritiers ou autres ayants droit de percevoir un pourcentage du prix d'une œuvre lors de sa revente — n'a pas été consacré. Cette lacune n'en est pas une dans la mesure où la Convention de Berne (article 14 *ter*) s'est contentée à cet égard de donner aux pays unionistes la faculté de prévoir un tel droit.

---

### *Des exceptions au droit d'auteur (articles 23 à 34) controversées*

Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective (article 23) assorties d'exceptions particulières

Ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire des droits patrimoniaux et ne donnent lieu à aucune rémunération, sous réserve qu'il s'agisse d'œuvres déjà publiées en toute légalité, la reproduction, l'enregistrement ou la copie par une personne physique en une seule copie de toute œuvre bénéficiant de la protection de la présente loi, dès lors qu'elle est réservée à son usage personnel et privé. Toutefois, l'usage d'une telle copie dans le cadre d'une entreprise ou dans tout autre lieu de (travail) n'est pas considéré à usage privé ou personnel.

Cependant cette exception pour copie privée n'est plus applicable en cas de préjudice aux autres intérêts et droits des titulaires de droits d'auteur et particulièrement dans les cas suivants :

- quand il s'agit de reproduire, d'enregistrer ou de photocopier des œuvres publiées en très peu d'exemplaires (faible tirage) ;
- quand il s'agit de photocopier ou de copier un livre entier ou une grande partie de celui-ci ;
- quand il s'agit d'enregistrer ou de transmettre une base de données ;
- quand il s'agit de construire soit totalement soit partiellement une œuvre architecturale ;
- quand il s'agit de copier ou d'enregistrer un logiciel, sauf à l'égard de la personne qui a acquis une licence d'utilisation du logiciel, afin de lui permettre d'utiliser cette copie à des fins de sauvegarde en cas de perte ou de détérioration de la copie originale.

Enfin, une place à part est réservée aux bibliothèques publiques à but non lucratif qui sont autorisées pour des besoins de sécurité et de conservation de reproduire une copie supplémentaire de l'œuvre originale à condition qu'elles détiennent déjà un exemplaire de l'original (article 27).

---

Cette exception au droit exclusif de reproduction du droit d'auteur est une exception classique qui se comprend bien dans le contexte technologique largement dominé par la

technique analogique bien que la loi ait pris le soin de rajouter le terme « enregistrement ». De par sa limitation à la seule copie privée à usage personnel, le législateur libanais à l'instar du droit français a voulu interdire la pratique qui pourrait être celle d'entreprises qui reproduiraient un livre, un article et le diffuseraient en grand nombre auprès de leurs employés ou associés. En outre, comme en droit français, cette exception ne s'applique pas à certaines catégories d'œuvres — logiciels (sauf pour la copie de sauvegarde), bases de données. Toutefois malgré ces restrictions, il sera difficile face à l'explosion non seulement de la photocopie mais des nouvelles techniques de reproduction de contenir et de contrôler la pratique de cette exception. Quoi qu'il en soit, en l'état actuel il semble que le droit libanais ait clairement opté pour le maintien de cette exception sans pour autant aller plus loin en mettant en place des mécanismes compensatoires de rémunération pour copie privée.

---

### Des exceptions spécifiques (articles 25 et suivants)

En plus de l'exception pour copie privée, d'autres exceptions ont été introduites qui visent trois contextes différents.

#### *Une exception particulière touchant les logiciels pour les besoins de l'enseignement*

Ne requiert aucune autorisation de l'auteur et ne justifie aucune rémunération, toute copie ou reproduction d'un nombre limité de logiciels effectuées par des établissements d'enseignement, des universités et bibliothèques publiques à but non lucratif, à condition que ces derniers soient licitement en possession d'au moins une copie originale du logiciel, et ce dans le but exclusif de les mettre à la disposition gratuite des étudiants et universitaires.

Ces dispositions prendront toute leur importance dans le cadre des décrets d'application émanant du Ministère de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur prévus pour préciser la mise en œuvre de telles copies, la détermination des catégories de programmes d'ordinateur susceptibles d'être copiés et le nombre de copies autorisées.

En outre, l'étudiant a le droit de procéder à une copie ou reproduction en un seul exemplaire du logiciel et ce pour ses besoins personnels (article 25, alinéa 1).

---

Cette exception largement dérogatoire au droit commun aurait été introduite en vue de permettre aux établissements d'enseignement et à leurs étudiants d'utiliser plus ou moins librement les logiciels, le législateur ayant ainsi voulu éviter que les dispositions de la nouvelle loi n'entraient l'accès au savoir et à l'information. Concrètement, cela aboutit selon certains praticiens à l'instauration d'un droit de reproduction « d'office »

au bénéfice des établissements scolaires, universitaires et bibliothèques publiques à but non lucratif, avec pour les étudiants un visa en vue de faire une copie privée de n'importe quel logiciel. Cette disposition serait en contradiction flagrante avec les accords ADPIC alors que la réforme a pour objectif de s'y conformer et ce d'autant plus que, selon l'article 13 de ces accords, il est spécifié que « les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur des droits ». Enfin le champ d'application de cette exception n'est pas bien délimité, le qualificatif de « public à but non lucratif » s'applique-t-il aux seules bibliothèques, auquel cas l'exception est très large et profiterait au secteur public et privé confondus, ou au contraire concerne-t-il aussi les établissements scolaires et universitaires auquel cas l'exception resterait plus au moins confinée au seul secteur public à caractère non lucratif.

### *Des exceptions ayant des objectifs didactiques et d'information*

Ne requiert aucune autorisation du titulaire des droits patrimoniaux de l'œuvre ni rémunération la courte citation d'une œuvre déjà légalement publiée, à des fins d'analyse critique, d'illustration, d'explication d'une opinion ou de recherche scientifique, à condition que la citation empruntée n'excède pas les limites du but poursuivi et que le nom de l'auteur et la source soient mentionnés (article 25, alinéa 2).

Cette exception de courte citation a été étendue *aux organismes de presse ou médias* qui peuvent, dans les limites de ce qui est permis dans le domaine de l'information, *reprandre de courts extraits d'une œuvre déjà vue ou entendue au cours d'un événement d'actualité*, à condition que le nom de l'auteur soit mentionné (article 30).

Sous la même condition relative à l'indication des noms de l'auteur et de l'éditeur déjà mentionnés dans l'œuvre originale, la loi fait échapper à l'autorisation de l'auteur et à toute rémunération, *la reproduction d'articles de journaux ou d'extraits courts d'une œuvre, à condition que ces actes s'inscrivent dans un but strictement pédagogique et dans les limites nécessaires à un tel but* (article 26).

De même a été prévu *pour les médias et la presse* le droit de diffuser *toute œuvre architecturale ou artistique ou photographique* dès lors que ces œuvres se trouvent dans les lieux ouverts au public (article 31).

D'une manière plus explicite a été consacré un droit à la représentation et à l'exposition de l'œuvre au public et ce sans l'autorisation de l'auteur et sans aucune rémunération dès lors que ces actes sont exclusivement réalisés :

- dans le cadre de manifestations publiques mais dans le respect des exigences requises dans de telles circonstances ;
- dans le cadre des activités des établissements d'enseignement à l'usage des étu-

dians et enseignants à la seule condition que le public soit restreint à cette catégorie, à leurs tuteurs, et à ceux liés directement à l'activité de l'établissement d'enseignement concerné (article 32);

Une place à part a été accordée aux *œuvres relevant de l'art plastique pour lesquelles un droit d'exposition au profit des musées* a été reconnu, à condition dans cette hypothèse que les objets exposés soient la propriété du musée et qu'il ne soit pas porté atteinte aux intérêts légaux des auteurs (article 33).

Enfin a été autorisée la reproduction *d'une œuvre d'art*, et ce sans l'autorisation de l'auteur dès lors que cette reproduction est destinée à être publiée dans un catalogue pour faciliter la vente de l'œuvre sans préjudice des intérêts légaux de l'auteur (article 34).

---

Ces exceptions — qui vont au-delà de l'exception de courte citation — reflètent encore une fois qu'à bien des égards, le législateur libanais a voulu s'adapter au contexte particulier de la société libanaise où médias et établissements d'enseignement sont au cœur de la circulation du savoir et de l'information avec en filigrane une ébauche d'un droit du public à l'information, nouvelle exception au droit d'auteur. En revanche, des exceptions plus usuelles comme la parodie, le pastiche ou la caricature, ou encore des représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille n'ont pas été retenues par la loi libanaise qui, paradoxalement, a prévu une telle exception mais dans le cadre de manifestations publiques ou dans le cadre d'activités d'enseignement.

---

### *Des exceptions dans un but d'intérêt général*

Sont autorisées toute reproduction, enregistrement et copie de l'œuvre, dès lors que ces exemplaires sont destinés à être utilisés dans le cadre de procédures judiciaires et administratives, mais toujours dans les limites nécessaires à une telle utilisation (article 29).

En vertu d'un décret ministériel pris par le Ministère de l'éducation nationale, pourront être autorisés toute reproduction ou enregistrement et copie d'une œuvre audiovisuelle en un seul exemplaire dès lors qu'il s'agit d'une œuvre artistique de valeur et ce dans le but de la conserver dans les archives du Ministère dans la seule hypothèse où le titulaire des droits refuse d'une manière abusive l'enregistrement d'une telle œuvre (article 28).



### *Des droits voisins reconnus dans le principe mais dont l'étendue est variable selon le droit voisin concerné*

Comme on l'a déjà mentionné, un titre spécifique (chapitre VII) a été consacré aux droits voisins.

#### Les artistes-interprètes ou exécutants (articles 39, 40, 41 et 44)

La loi reconnaît à l'artiste-interprète ou exécutant (acteur, chanteur, musicien, membre de troupe musicale, artiste dramatique, artiste de cirque, etc.), dans le respect des dispositions de l'article 15 de la loi (relatif aux droits patrimoniaux des auteurs), le droit d'autoriser ou de s'opposer à la première diffusion ou communication au public de sa prestation, ainsi qu'à la fixation ou à l'enregistrement de cette prestation sur tout support matériel et à la reproduction, à la vente ou à la location de toute fixation ou enregistrement de cette interprétation dès lors qu'elles n'auraient pas été préalablement autorisées par lui (article 39).

Par ailleurs, il est reconnu aux producteurs, auxquels les artistes interprètes ont autorisé la première fixation de leurs prestations dans le cadre de la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, le droit exclusif de reproduire, de distribuer, de vendre et de donner en location l'œuvre audiovisuelle qu'ils ont produite et communiquée au public (article 41).

En outre, la loi reconnaît à l'artiste-interprète sa vie durant, le droit à la paternité de sa prestation par la reconnaissance de son nom et le droit à s'opposer à toute déformation ou modification de sa prestation, ces droits étant transmissibles à ses héritiers après son décès (article 44).

---

En consacrant le principe de l'épuisement de leurs droits dès la première autorisation, le législateur a pris le parti de ne pas donner des droits illimités sur la reproduction et la diffusion de leurs enregistrements aux artistes-interprètes, aux dépens des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion. En outre, on ne retrouve pas le droit à une rémunération équitable des artistes-interprètes, et des producteurs de phonogrammes en cas d'utilisations secondaires de phonogrammes produits à des fins commerciales. Néanmoins, si ce droit est consacré par l'article 12 de la Convention de Rome, il n'en demeure pas moins que cette même convention (articles 16-1 et 17) a prévu pour les États contractants la possibilité d'écarter en tout ou partie la règle de la rémunération équitable par déclaration à l'ONU. Enfin, et il est important de le souligner, ces droits reconnus aux artistes-interprètes s'exercent dans le respect des droits des auteurs, ce qui confirme indirectement l'option prise par la loi libanaise dans la hiérarchie entre droit d'auteur et droit des artistes-interprètes auxquels d'ailleurs a été reconnu un droit moral réduit.

---

### Les producteurs des enregistrements sonores (article 43)

Selon l'article 1 du chapitre introductif, les enregistrements sonores consistent en toute fixation matérielle d'une séquence de sons pouvant provenir d'une interprétation d'une œuvre ou non, excluant l'enregistrement sonore accompagnant une œuvre audiovisuelle.

Est reconnu aux producteurs d'enregistrements sonores, personnes physiques ou morales qui ont pris l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence du son, le droit d'autoriser ou d'interdire toute reproduction directe ou indirecte de ces enregistrements sonores, ainsi que leur location à des fins commerciales.

---

Il est significatif de noter que la loi libanaise n'a pas visé à titre de droits voisins, les producteurs de vidéogrammes (c'est-à-dire ceux qui ont pris la même initiative, mais pour la fixation d'une image sonorisée ou non, animée ou fixe) et que seuls sont concernés les producteurs des enregistrements sonores et les producteurs des œuvres audiovisuelles à qui a été dévolu un droit d'auteur (voir *supra*). Cette lacune peut n'en être pas une dans la mesure où le producteur d'une œuvre audiovisuelle s'est vu déclarer *ipso facto* titulaire d'un droit d'auteur et qu'on peut penser que la reconnaissance d'un droit voisin ne lui apportera aucun avantage dès lors qu'il s'agit d'un vidéogramme contenant une ou plusieurs œuvres audiovisuelles, c'est-à-dire des séquences animées, ce qui peut être aujourd'hui souvent le cas. En toute hypothèse, à la différence des artistes-interprètes, cette catégorie de droit voisin bénéficie d'un véritable droit exclusif de reproduction, sans pour autant maîtriser la diffusion de ces phonogrammes par voie de radiodiffusion ou communication publique.

---

### Les éditeurs de livres (article 45)

Les éditeurs de travaux écrits ou imprimés ont été visés en qualité de titulaires de droits voisins. À ce titre, leur est accordé le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction de livres par photocopie ou photographie ou toute autre exploitation commerciale.

---

On peut penser qu'à priori il s'agit ici d'aider les éditeurs à lutter, indépendamment de leurs auteurs avec lesquels ils ont passé des contrats d'édition, contre les actes de piraterie et de consolider leurs droits dans les cas de copie privée illicite. Elle peut aussi s'expliquer par le souci du législateur libanais de donner à ces éditeurs les moyens de lutter contre la contrefaçon pour des ouvrages anciens déjà tombés dans le domaine public, mais qui, réédités, doivent pouvoir être protégés.

Cette disposition est d'autant plus intéressante dès lors qu'on constate que cette catégorie de personnes ne bénéficie d'aucune protection de ce genre dans d'autres législations et notamment en droit français.

---

### Les organismes de radiodiffusion et de télévision (article 42)

Il est institué au bénéfice de ces entreprises un droit spécifique sur leurs programmes. Sont soumis à autorisation :

- la retransmission ou réémission de ces programmes par tout autre procédé ;
- leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée ;
- l'enregistrement ou la fixation de ces programmes ou prestations radiodiffusées sur des supports matériels dans un but commercial, ainsi que la reproduction des fixations des œuvres radiodiffusées sans leur consentement.

Il est expressément précisé que les contrats ou accords concernant les droits voisins doivent, pour produire leurs effets, être constatés par écrit.

De plus, cette protection ne peut avoir aucune incidence sur la protection des droits d'auteur attachés aux œuvres premières ou dérivées protégées par cette loi : «La protection accordée aux droits voisins ne porte pas atteinte aux droits accordés aux œuvres premières protégées par cette loi, et aucune disposition de ce présent chapitre ne peut être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur» (article 48).

Enfin, si le législateur a conçu de façon autonome les droits et prérogatives des titulaires de droits voisins, il s'est contenté, concernant les exceptions apportées à leurs droits pécuniaires, de se reporter à l'application pure et simple des articles de la loi relatifs aux exceptions aux droits exclusifs de l'auteur (article 48), ce qui est prévu par l'article 15-2 de la Convention de Rome.

### *Une durée de protection des droits d'auteur et des droits voisins homogène avec des spécificités classiques (articles 49 à 57)*

La loi, ici, suit les solutions traditionnelles connues en droit d'auteur, en distinguant les droits moraux des auteurs et artistes-interprètes qui sont perpétuels et se transmettent à leur décès à leurs héritiers par testament ou selon les lois successorales (article 53) et les droits patrimoniaux qui, eux, sont limités dans le temps.

Le principe concernant ces droits patrimoniaux est celui d'une durée de protection tout au long de la vie de l'auteur et qui se prolonge de cinquante ans à partir du premier jour de l'année civile qui suit son décès (article 49). Ce délai de cinquante

ans ne commencera à courir pour les œuvres de collaboration qu'à la mort du dernier coauteur survivant (article 50).

Toutefois, pour certaines œuvres, la durée de protection n'est pas calculée sur la vie de l'auteur : s'agissant des œuvres collectives, audiovisuelles et publiées sous un pseudonyme ou anonymement, la durée de protection est de cinquante ans à compter du premier janvier de l'année civile qui suit leur publication. Dans le cas de non-publication, le point de départ est celui de la fin de l'année qui suit la réalisation de l'œuvre (articles 51 et 52).

Le délai de protection des droits voisins est également fixé : les droits de l'artiste-interprète ou exécutant sont protégés pendant une durée de cinquante ans à compter de la fin de l'année au cours de laquelle a été réalisée l'interprétation. Les droits du producteur de l'enregistrement sonore sont protégés pendant une durée de cinquante ans à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle a eu lieu la première fixation. Les droits des organismes de radiodiffusion et de télévision sont protégés pendant une durée de cinquante ans après la diffusion de l'émission sur les ondes. Enfin, les droits des maisons d'édition ont une durée de cinquante ans à compter de la fin de l'année au cours de laquelle l'œuvre a été publiée (articles 54, 55, 56 et 57).

### *Les mesures conservatoires, l'indemnisation et les sanctions applicables (articles 81 à 97)*

Dans ce chapitre ont tout d'abord été énoncés les recours civils en cas d'atteinte au droit d'auteur. Toutefois, c'est la partie relative aux comportements constitutifs de délit et aux sanctions pénales correspondantes qui a été réformée par le législateur libanais manifestant ainsi sa volonté de s'engager dans la lutte contre la contrefaçon.

#### **Un référé renforcé et largement ouvert**

La loi a prévu tout d'abord un référé préventif dans l'hypothèse où il y aurait des justes craintes d'atteintes imminentes aux droits d'auteur et droits voisins. Ce référé, ouvert aux titulaires du droit d'auteur ou du droit voisin, à ses héritiers, mais aussi aux sociétés de gestion collective, est du ressort du juge des référés, ou du président de la juridiction de première instance compétente ou du procureur de la république. Il permettra à ces juridictions de prendre les mesures conservatoires relevant de leurs attributions légales et tout particulièrement celles qui s'imposent dans le but de protéger le droit ou l'œuvre visée par l'atteinte, avec éventuellement des astreintes pour faire exécuter leurs décisions (article 81).

Par ailleurs, pour permettre au plaignant de se constituer des moyens de preuve pouvant étayer sa plainte et éviter ainsi que la personne suspectée de contrefaçon ne les dissimule, ou ne les détruise ou ne s'en défasse, une mesure de référé spécifique

a été instituée permettant aux autorités judiciaires ci-dessus concernées d'ordonner la confiscation des produits contrefaits qui peuvent constituer une preuve du délit (article 82).

### Des recours judiciaires variés

Les juridictions compétentes spécialisées peuvent être saisies par les titulaires des droits d'auteur et droits voisins dès lors qu'il y a atteinte à leurs droits, afin de prendre les mesures d'interdiction qui s'imposent en vue de les faire cesser immédiatement et d'éviter que cela ne se reproduise dans l'avenir (article 83).

Par cette disposition le législateur semble avoir introduit une action spécifique permettant de demander la cessation de toute violation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin.

Par ailleurs, toute personne ayant porté atteinte aux droits de l'auteur ou aux droits voisins est tenue de verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral et matériel encouru par le titulaire du droit, dont le montant est fixé par les tribunaux qui, pour l'évaluer, prendront en considération la valeur commerciale de l'œuvre, le préjudice subi par le titulaire du droit, son manque à gagner et les bénéfices engendrés par ces délits au profit de celui qui a commis l'infraction, avec la faculté pour la juridiction concernée d'ordonner la confiscation des objets contrefaits et des ustensiles ayant servi à commettre la contrefaçon (article 84).

### Des sanctions coercitives qui se veulent sévères et dissuasives

Le nouveau texte énumère trois catégories d'actes qui sont sanctionnés pénalement.

Dans la première catégorie, il s'agit de l'apposition frauduleuse d'un nom usurpé sur une œuvre littéraire ou artistique, des manœuvres frauduleuses pour tromper l'acheteur en imitant la signature ou le signe adopté par un auteur, de la contrefaçon en connaissance de cause d'une œuvre littéraire ou artistique, de la vente, du recel et de la mise en vente ou circulation d'une œuvre contrefaite.

Que ces œuvres soient ou non tombées dans le domaine public, l'auteur de ces infractions sera puni d'une peine d'emprisonnement d'un mois à trois ans et d'une amende de cinq à cinquante millions de livres libanaises ou de l'une des deux sanctions. Ces sanctions étant portées au double en cas de récidive (article 85).

---

Si, par cette disposition, le législateur a entendu réprimander sévèrement les actes d'escroquerie et le débit d'œuvres contrefaites qu'il s'agisse ou non d'œuvres tombées dans le domaine public, il n'en devrait pas être de même pour le délit de contrefaçon, étant entendu que, dans cette hypothèse, l'œuvre étant dans le domaine public, il n'y a plus délit de contrefaçon du moins pour les droits patrimoniaux, à moins qu'il ne s'agisse de contrefaçon pour atteinte au droit moral qui, lui, est perpétuel.

---

La deuxième catégorie concerne l'atteinte ou la tentative de porter atteinte *en connaissance de cause* et *dans un but lucratif* au droit d'auteur ou aux droits voisins (article 86).

Dans cette hypothèse, en sus des peines d'emprisonnement et des amendes citées plus haut, le législateur a rajouté des peines accessoires qui sont :

- la fermeture totale mais temporaire, pour une durée pouvant aller d'une semaine à un mois, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction ;
- la destruction de tous les objets ou exemplaires contrefaits ou reproduits illicitement et du matériel spécialement utilisé en vue de la réalisation du délit ;
- la publication du jugement dans deux journaux locaux aux frais de celui qui a commis l'infraction ;

La troisième catégorie a trait à la fabrication, à l'importation aux fins de vente et de location, ainsi qu'à la vente, la mise en place ou la location de tout matériel susceptible de faciliter la réception, et ce sans aucun droit, de programme télévisé ou radiophonique, alors qu'il s'agit de programmes cryptés exclusivement destinés à un public payant pour recevoir de telles émissions.

À cet égard, des sanctions d'emprisonnement d'un mois à trois ans et des amendes de cinq à cinquante millions de livres libanaises ou l'une des deux sanctions seulement seront applicables aux auteurs principaux, mais aussi, précise la loi, aux complices qui leur ont procuré les moyens de commettre une telle infraction (articles 87 et 88).

Pour toutes ces infractions, il a été en outre précisé que les poursuites judiciaires peuvent être initiées non seulement par la victime, mais en cas de défaut par le ministère public ou par le président de l'Office de la protection intellectuelle (article 89).

### Des procédures de saisie spécifiques

Afin de renforcer la lutte contre l'importation d'œuvres contrefaites et tout particulièrement des enregistrements sonores, il a été précisé que sont interdits tous actes d'importation, de transit, d'entrepôt en zone franche de toute œuvre et enregistrements sonores contrefaits, avec obligation de les saisir en quelque lieu où ils se trouvent (article 91).

Des compétences de saisie — uniquement descriptive — ont été attribuées au commissaire de police, à l'administration des douanes et à des membres de l'Office de la protection de la propriété intellectuelle, assermentés à cette fin (article 92).

De plus, une mesure de saisie conservatoire relevant des attributions des seuls tribunaux compétents a été prévue au profit de la partie demanderesse, avant tout examen sur le fond. À ce titre, ces tribunaux pourront ordonner une saisie réelle en se fondant sur le procès-verbal de saisie établi par la police, la douane, ou l'Office de protection de la propriété intellectuelle (l'OFPI) avec la possibilité d'exiger la constitution préalable d'une caution dont le montant est fixé par rapport à la valeur

des objets à saisir (articles 93, 94, 95).

Enfin, les jugements rendus concernant ce contentieux devront donner lieu à l'application de peines accessoires et notamment à la condamnation de l'auteur de la contrefaçon à procéder à l'exécution des mesures d'affichage et de publication de ces jugements.

En conclusion, la nouvelle loi libanaise sur le droit d'auteur constitue certes un progrès par rapport à la législation antérieure qui date de 1924. Toutefois, il appartiendra aux juridictions et aux autorités administratives compétentes de prendre toutes les mesures pour l'appliquer, d'une part, et pour y apporter les précisions et compléments qui s'imposent, en vue de garantir la sécurité des investissements et une réelle protection du droit d'auteur et des droits voisins, d'autre part.