

Bulletin du
**droit
d'auteur**

Vol. XXXV
n° 4,
octobre-décembre 2001

ÉDITIONS
UNESCO



Règlement
des conflits dans
l'environnement
numérique

Version
électronique

Bulletin du droit d'auteur

Vol. XXXV, n° 4, 2001

Conventions internationales : événements récents

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

- 4 *Adhésion de l'Azerbaïdjan*

Doctrine

- 5 L'expérience internationale des modalités de règlement des conflits liés au droit d'auteur dans l'environnement numérique, par Karim Benyekhlef et Fabien Gélinas
- 23 Analyse critique de l'« Étude comparative de divers instruments internationaux en matière de droits connexes », établie par M. Walter

Activités de l'UNESCO

- 45 Promotion de l'enseignement du droit d'auteur et des droits voisins à l'université : inauguration d'une chaire UNESCO sur le droit d'auteur en Chine

Nouvelles et informations

- 46 La récente évolution du droit d'auteur français face aux exploitations numériques, par André Kéréver
- 52 La loi slovaque sur le droit d'auteur, par Ján Švidron

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 l'Azerbaïdjan

Le 1^{er} juin 2001, l'instrument d'adhésion du gouvernement de l'Azerbaïdjan à la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes, adoptée à Genève le 20 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 l'Azerbaïdjan le 1^{er} septembre 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 l'Azerbaïdjan porte à soixante-sept le nombre total des États qui ont déposé un instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion visant la Convention précitée.

DOCTRINE

L'expérience internationale des modalités de règlement des conflits liés au droit d'auteur dans l'environnement numérique*

Karim Benyekhlef et Fabien Gélinas

Sommaire

Introduction	6
Soubassements théoriques sur la souveraineté et la concurrence normative	7
La souveraineté : une notion fluctuante	7
La concurrence des souverainetés	9
Histoire récente et futur proche sur le règlement des différends et l'encadrement normatif des nouveaux modèles de justice sur l'Internet	11
Les premières expériences	11
Projets de recherche et projets pilotes	12
Initiatives actuelles	13

* Cette étude a été préparée à la demande du Secrétariat par M. Karim Benyekhlef, avocat, barreau du Québec, professeur, faculté de droit de l'Université de Montréal, et M. Fabien Gélinas, avocat, barreau du Québec, vice-président et conseiller général, eResolution, ancien conseiller général, Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Les opinions qui y sont exprimées ne sont pas nécessairement celles du Secrétariat de l'UNESCO.

Les auteurs tiennent à remercier M. Rémy Khouzam pour sa précieuse et généreuse assistance.

Modes normatifs et modèles de justice	15
La justice en matière de consommation	15
La justice commerciale	18
Conclusion	22

Introduction

Maintenant que l'effet de nouveauté cesse petit à petit de brouiller une bonne partie du spectre des nouvelles technologies de l'information, le temps de l'analyse normative peut prendre toute l'importance qu'il convient d'accorder aux règles, normes, directives, codes, associations, etc. qui encadrent et définissent les rapports de droit entre les participants aux échanges commerciaux et informationnels. Il s'agit de penser la régulation des environnements électroniques dans une perspective normative plurielle et de puiser, pour ce faire, à des sources anciennes et plus nouvelles.

Le phénomène des modes alternatifs de règlement des conflits constitue un excellent exemple de mode normatif qui, dans le contexte de l'Internet, emprunte ce chemin où l'interprète puise dans le passé tout en le réinterprétant à la lumière des avancées technologiques. Tout un faisceau de relations juridiques se met en place par le truchement de ces transactions informationnelles. L'encadrement juridique de ces relations pose d'importantes difficultés exacerbées par la distance et l'incertitude entourant le droit applicable ou la juridiction compétente.

Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits semble une voie particulièrement prometteuse à suivre, ainsi que le prouve déjà la pratique actuelle. Longtemps confinés au monde physique, la médiation et l'arbitrage doivent démontrer la flexibilité, la malléabilité, la rapidité, la facilité et l'économie qui ont de toujours justifié leur existence et souvent fait leur succès. Il apparaît alors important d'adapter aux environnements électroniques ces institutions tant vantées afin de leur conserver toutes les qualités qui en font encore les moyens privilégiés de régler les différends du commerce international.

Nous nous proposons, dans un premier temps, de nous pencher sur les soubassements théoriques d'un déploiement des mécanismes alternatifs de règlement des conflits dans le cyberspace. Pour ce faire, nous examinerons un précédent historique : celui du commerce au Moyen Âge. La *lex mercatoria*, ou loi des marchands, qui s'est développée à cette époque, constitue un excellent vecteur descriptif pour la mise en place de mécanismes privés de règlement des conflits et de régulation des échanges dans un cadre historique marqué par la fragmentation, celle, en l'occurrence, de l'Europe médiévale. Une analyse du principe de la souveraineté nationale nous permettra de mieux situer ces efforts normatifs à caractère privé.

Dans un deuxième temps, nous aurons soin d'examiner les premières tentatives

de mise en place de mécanismes alternatifs de règlement des conflits dans le cyberspace, avant de présenter les expériences les plus récentes en matière de règlement en ligne des conflits suscités par des transactions informationnelles. Ce survol nous permettra de mieux saisir les filiations entre les mécanismes d'hier et ceux d'aujourd'hui. Il conviendra également de nous pencher sur les applications proprement juridiques de ces nouvelles institutions et d'examiner leur adéquation avec la réalité pratique du commerce électronique. De même, il importe d'examiner les rapports entre le règlement en ligne et les conflits afférents à la propriété intellectuelle. En effet, l'observateur notera que la première expérience globale de règlement en ligne des conflits porte justement sur des questions relatives à la propriété intellectuelle, à savoir le règlement des conflits concernant les noms de domaine. Au surplus, il conviendra de se pencher sur la délicate question de l'arbitrabilité des conflits afférents à la propriété intellectuelle. On remarquera alors que les différences entre l'arbitrage concernant la propriété intellectuelle et les autres matières s'amenuisent.

Soubassements théoriques sur la souveraineté et la concurrence normative

Les environnements électroniques apparaissent souvent comme des défis au principe de la souveraineté nationale. Le pouvoir de l'État de contrôler ses frontières, d'assurer le respect de ses lois sur son territoire et de sanctionner des manquements ou des fautes est amoindri par l'avènement des nouvelles voies électroniques de communication.

Il convient donc d'examiner les incidences des technologies de l'information sur le principe de la souveraineté nationale. Ce court examen devrait nous permettre de mieux saisir les références à la *lex mercatoria*.

La souveraineté : une notion fluctuante

Pour comprendre le pourquoi et le comment du recours des commerçants du Moyen Âge à la *lex mercatoria*, il faut dire quelques mots sur le principe de la souveraineté. Ces quelques mots nous permettront de noter que la souveraineté nationale est une notion fluctuante et que le contexte des infortunes n'est pas très éloigné, au plan conceptuel, de celui du Moyen Âge.

La souveraineté est une notion française à l'origine qui apparaît, d'après Carré de Malberg, au Moyen Âge. Cette souveraineté a également vocation à rassembler une Europe médiévale fragmentée. Aujourd'hui, elle apparaît comme un concept juridique autonome, une pure forme désincarnée s'imposant aux individus. Pourtant, elle n'est pas un donné inaltérable et transcendant, mais plutôt un simple concept médiateur du pouvoir et de la force.

La souveraineté appelant un minimum de règles contraignantes, celle-ci postule alors l'existence du droit. Ainsi, l'égalité, en droit, des États dans l'arène internationale apparaît comme une règle visant à tempérer la volonté de puissance, sous-jacente à la souveraineté. Il s'agit de quitter le domaine de la pure idéation et du symbolisme superlatif et de s'en remettre à des règles juridiques. Le droit encadre donc tant bien que mal la notion de souveraineté. En fait, ce terme semble, de prime abord, irréductible à toute construction conceptuelle qui serait détachée des réalités contingentes au pouvoir ou des jugements de valeur qui en donnent la justification. Hinsley a bien précisé que la souveraineté se modelait aux conditions d'exercice du pouvoir et des rapports de force qui peuvent se nouer en un temps donné de l'histoire. L'exemple de la territorialité, base concrète de la souveraineté, illustre la modulation que peut connaître la notion de souveraineté.

La territorialité et l'espace physique constituent un pivot autour duquel s'articule le concept de souveraineté nationale. La territorialité se heurtant aux espaces virtuels du cyberspace, la rigueur du concept semble alors s'atténuer. La souveraineté semble donc se moduler à son époque.

Nous avons écrit que l'Europe médiévale est fragmentée en duchés, baronnies et autres fiefs. Le pouvoir semble alors divisé entre plusieurs ordres, fruit du féodalisme. Malgré tout, il faut remarquer que la féodalité n'entraîne pas l'occultation pure et simple de la souveraineté. Celle-ci demeure en toile de fond. Le roi exerce une souveraineté indéniable sur tous ses sujets, bien que celle-ci ne soit pas pleine et entière. Les princes sont les fidèles du roi, mais point ses vassaux. Les princes, dans leurs duchés, leurs seigneuries, leurs principautés ont constitué des enclaves d'autonomie que l'autorité royale n'entame pas et, à l'intérieur de ces dominations principières, des seigneurs locaux exercent leur pouvoir et se sentent aussi indépendants face au prince que celui-ci face au roi. L'organisation politique repose donc sur une souveraineté éclatée d'où émerge, impavide, l'image de la souveraineté christique du roi.

Nous sommes loin de l'État-nation exerçant un monopole de la force et, par conséquent, de la règle. Dans un tel contexte, comment assurer la sécurité juridique des transactions? Les marchands au long cours doivent pourtant bénéficier d'une sécurité afin de se livrer au négoce. En ces temps d'extrême morcellement territorial et politique, les marchands font aussi face à l'insécurité physique de même qu'à toutes sortes de taxes, droits, péages «levés par d'innombrables seigneurs, cités, communautés, au passage d'un pont, d'un gué ou pour le simple transit sur leurs terres».

Pourtant, les princes ont besoin du commerce pour garnir leurs coffres et pour assurer la vie économique de leurs fiefs. Certaines villes organisent alors de grandes foires commerciales où tous les commerçants de l'Europe médiévale se rejoignent pour vendre et acheter. Les foires représentent dès lors des espaces-marchés où un faisceau de règles commence à émerger. Les marchands commencent également à se coaliser afin de former des guildes et des associations. Une «législation» commer-

ciale privée émerge des activités de celles-ci. Les marchands se donnent alors des règles, la *lex mercatoria*, et les moyens d'assurer le respect desdites règles par le recours à l'embargo ou à l'exclusion des membres-marchands contrevenant à celles-ci.

L'analogie avec les environnements électroniques est certes séduisante. On retrouve également cette fragmentation dans les espaces virtuels où la territorialité a perdu une partie de son sens. Aucune autorité étatique ne peut aspirer à elle seule à réglementer un univers dont les acteurs sont délocalisés. Pourtant, comme l'écrit Hadfield, «the need for a legal structure to support relationships in cyberspace, however, is as fundamental as it was in medieval times». Le développement d'une *lex electronica* constitue un prolongement quasi naturel de la *lex mercatoria*. Les usagers de l'Internet n'attendent pas la mise en place illusoire, à ce stade de développement du médium, d'une architecture normative cohérente et englobante. Il convient dès lors d'assurer l'encadrement juridique des transactions informationnelles par le recours notamment à une activité normative privée.

Il semble alors que l'Internet accentue une certaine concurrence des souverainetés. En d'autres termes, la fonction génératrice de normes n'apparaît plus comme l'apanage exclusif de l'État. Il devient nécessaire de situer plus largement le phénomène par lequel les cybermarchands se donnent des règles et assurent, notamment par le recours aux cybertribunaux, la sanction de celles-ci.

La concurrence des souverainetés

Les réseaux électroniques de communication se moquent dans une large mesure des frontières nationales. La fluidité, l'intangibilité et la délocalisation de l'information, les techniques de cryptage et d'anonymisation et, surtout, le nombre toujours croissant d'utilisateurs des inforoutes s'opposent, au plan pratique, à toute tentative de mise en tutelle normative de l'Internet.

L'idée de la souveraine importance du mouvement, avancée par Ruggie, apparaît alors intéressante parce qu'elle décrit mieux les nouvelles réalités économiques. L'intégration économique, qu'elle soit régionale ou internationale, ne peut manquer d'amoindrir les espaces d'intervention normative des États. De même, les marchés financiers transnationaux agissent en quasi-autonomie et créent ce qu'il est convenu d'appeler des marchés *offshore*, c'est-à-dire des lieux échappant à la juridiction des États. Une sorte de royaume extraterritorial se dessine alors, ayant le commerce et les échanges pour seul souverain. La souveraineté devient celle du mouvement et non plus du lieu physique. Ces marchés *offshore* constituent les nouvelles foires du Moyen Âge où les marchands développent des usages et des pratiques autonomes de la loi du lieu où elles se déroulent. Le souverain d'alors ne songe pas à imposer sa loi sur des marchands provenant de toute l'Europe, par exemple, car il sait bien qu'une telle action aurait pour effet de déplacer les activités commerciales vers un autre lieu

le privant dès lors des retombées commerciales de ces foires. Au contraire, il s'emploie à assurer la sécurité des participants et des transactions tout en sachant qu'il ne peut imposer l'ensemble de ses règles aux marchands.

L'État d'aujourd'hui doit subir ces enclaves extraterritoriales. Il y a alors un amenuisement de certains pouvoirs exercés par l'État. Il faut pourtant reconnaître que celui-ci, même avant l'avènement des technologies permettant les mouvements instantanés de capitaux, ne pouvait aspirer à exercer sa souveraineté sur l'ensemble ou même une partie des acteurs économiques internationaux. L'amenuisement apparaît de ce fait plutôt limité même s'il faut admettre que l'avancement des technologies a grugé certaines prérogatives nationales.

La territorialité perd de son sens au regard des réseaux électroniques qui ceinturent la planète et permettent les flux financiers en temps réel. Le mouvement, par sa définition même, échappe au point fixe, au territoire et, par là, à l'autorité du souverain. Cette qualité apparaît d'autant plus marquée lorsque ce mouvement est électronique, donc virtuel.

Nous avons déjà souligné le recours à la notion de souveraineté par les princes afin de s'affranchir de la tutelle de l'Église. Nous sommes alors passés d'une souveraineté mystique, voire christique, celle de l'Église, vers une souveraineté laïque, celle de l'État, pour aboutir, aujourd'hui, à une souveraineté plurielle ou composite. À la suite d'une contraction de la notion de souveraineté, celle-ci, de nouveau, est appelée à l'éclatement et à la diffusion, respectant, par là, un certain cycle historique. Autrement dit, la société internationale entre dans une période de néoféodalisme.

Aujourd'hui, au regard des facteurs d'érosion de la souveraineté moderne et, plus précisément, en raison de l'incidence grandissante des technologies, nous assistons à une implosion de l'espace-temps dans les sociétés capitalistes. La perspective du point fixe cède le pas à une perspective éclatée du temps et de l'espace. Cet hyperspace achève de rendre insuffisante la territorialité comme facteur de théorisation de la souveraineté.

La souveraineté classique ou symbolique est sérieusement mise à mal. Elle doit faire face à d'autres souverainetés concurrentes qui prétendent se substituer à son autorité dans certains domaines. Cependant, le néoféodalisme ne constitue pas un retour pur et simple à l'époque du Moyen Âge. Simplement, l'État est aujourd'hui confronté à des souverainetés concurrentes dans un environnement certes moins anarchique ou instable. Les sociétés féodales, avons-nous dit, avaient besoin d'un roi, d'un souverain. Les sociétés postmodernes ont toujours besoin d'un souverain. L'État est celui-ci. Et qui sont les chefs féodaux ? Nous avons parlé de la société civile globale, des marchés financiers internationaux, de ceux qui dessinent les usages et les pratiques du commerce international et des acteurs du cyberspace.

Le réseau Internet est le reflet de ces tendances exogènes que les politologues n'ont pas manqué de noter. La création d'un monde virtuel, où des transactions informationnelles peuvent se nouer dans un contexte transfrontalier, constitue un

phénomène singulier où les participants ont déjà commencé à développer leurs propres règles en marge de celles des législateurs nationaux.

C'est dans ce contexte que s'inscrivent les différentes initiatives ayant pour objectif de mettre sur pied des mécanismes de résolution des conflits électroniques. Afin de suppléer l'incapacité normative et technique du législateur, les acteurs privés se dotent de règles et de modes de mise en œuvre et de sanction de celles-ci. L'exposé théorique, auquel nous venons de convier le lecteur, sert donc d'arrière-plan aux différents phénomènes normatifs que l'on peut observer dans le contexte des environnements électroniques. Le développement de cette *lex electronica* emprunte bien entendu au corpus juridique constitué par les conventions internationales, les principes généraux du droit commercial international, les législations nationales, lorsque celles-ci trouvent application, les usages commerciaux internationaux et nationaux et les précédents. Au-delà du droit strict, des considérations politiques et économiques, bien évidemment, prennent le relais rhétorique du droit.

Histoire récente et futur proche sur le règlement des différends et l'encadrement normatif des nouveaux modèles de justice sur l'Internet

Dresser le portrait du règlement des différends sur l'Internet permet non seulement de fournir un excellent exemple des phénomènes de normativités plurielles évoqués en première partie, mais également d'offrir un aperçu de certaines questions juridiques qu'a pu susciter le développement des environnements électroniques transfrontaliers.

Nous aurons donc soin, dans un premier temps, de présenter les premières expériences de mécanismes de règlement en ligne des conflits. Cette relation de l'histoire récente devrait nous permettre de mieux comprendre, dans un deuxième temps, les questions soulevées par l'émergence de nouveaux mécanismes ainsi que les promesses qu'ils nourrissent pour l'avenir de la justice, ou la justice de l'avenir.

Les premières expériences

Il convient d'abord ici de jeter un coup d'œil sur les toutes premières expériences en la matière qui, sous forme de projets de recherche, ont identifié, près de cinq ans avant l'avènement du troisième millénaire, plusieurs des enjeux et défis dont dépendent les initiatives actuelles et qui les animent encore, initiatives que nous présenterons ensuite.

Projets de recherche et projets pilotes

Virtual Magistrate

Fruit d'une collaboration entre le Cyberspace Law Institute (CLI) et le National Center for Automated Information Research (NCAIR), le projet Virtual Magistrate, un service d'arbitrage en ligne, est lancé en mars 1996. L'objectif premier du projet était d'étudier le règlement des différends entre un usager et un opérateur de réseaux ou encore entre usagers. Le champ d'activités du projet se limitait aux conflits générés par des messages ou des fichiers au contenu illégal.

Le processus d'« arbitrage » était volontaire, et se déroulait essentiellement par le biais du courrier électronique. Il convient de préciser qu'il s'agissait d'un mécanisme que l'on pourrait se risquer à appeler « arbitrage contractuel », c'est-à-dire d'un mécanisme qui, bien qu'ayant certains effets « obligatoires », ne saurait produire d'effets exécutoires au sens des législations et des traités sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Le projet Virtual Magistrate se poursuit sous les auspices de l'Université Chicago-Kent.

Online Ombuds Office

Le projet Online Ombuds Office est une initiative du Center for Information Technology and Dispute Resolution at the University of Massachusetts. Depuis 1996, cet organisme offre des services de médiation pour certains conflits nés sur l'Internet, notamment les conflits entre membres d'un groupe de discussions, entre concurrents, entre fournisseurs d'accès Internet et leurs abonnés, et touchant des questions de propriété intellectuelle.

Des recherches relatives à l'utilisation de textes et de graphiques ont été entreprises pour assister les parties dans le processus de résolution qu'elles ont décidé d'engager. Des propositions de transactions sont envoyées aux parties qui, à l'aide de graphiques dynamiques et autres outils technologiques, tentent de mesurer la nature, la source et le degré de leur mécontentement, et de cerner de manière plus précise ce qu'elles désirent obtenir l'une de l'autre. Le projet se poursuit à ce jour.

CyberTribunal

Le CyberTribunal était un projet expérimental développé par le Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal en septembre 1996. Le projet visait à déterminer la faisabilité de l'utilisation de mécanismes alternatifs pour résoudre des conflits naissant dans les environnements électroniques.

Le champ d'activité du CyberTribunal était beaucoup plus large que celui du Virtual Magistrate et d'Online Ombuds Office. Malgré son appellation, il importe de savoir que le CyberTribunal ne s'érigait pas en juge. Il visait plutôt à faciliter un

dialogue entre les parties au différend (médiation), et, le cas échéant, à dispenser une aide administrative et technologique dans un processus décisionnel fondé sur la volonté des parties (arbitrage). Le projet a pris fin en décembre 1999. Le principal architecte du système a mis en place un nouveau projet : eResolution, dont nous discuterons plus loin.

Initiatives actuelles

D'entrée de jeu, il est impératif de relever que la quasi-totalité des initiatives touchant le règlement en ligne des différends sont soit dépourvues de toute infrastructure technologique permettant le traitement en ligne des litiges, soit vierges de toute expérience dans le traitement de litiges réels. Le nombre de telles initiatives est d'ailleurs assez difficile à identifier car il est l'objet de fluctuations parfois étourdissantes.

Au regard de ce qui précède, nous aurons soin de nous concentrer sur les initiatives qui, sur la base d'une infrastructure technologique solide, ont donné lieu au règlement de litiges bien réels et sont pour cette raison susceptibles de fournir des enseignements utiles. Elles sont au nombre de deux : le service de traitement des litiges entre consommateurs exploité par SquareTrade et le service de règlement en ligne des conflits relatifs aux noms de domaine exploité par eResolution.

Règlement en ligne des litiges entre consommateurs : SquareTrade

Fondé à l'automne 1999, SquareTrade opère presque exclusivement dans le secteur du commerce électronique entre consommateurs (C2C). La société américaine offre deux paliers de services de règlement de conflits : la négociation directe et la médiation. Son partenariat avec eBay, l'un des plus importants sites d'enchères du cyberspace, a très vite assuré un volume important de dossiers.

Le déroulement de la procédure, très convivial, encourage le règlement amiable à toutes les étapes. Dans un premier temps, l'acheteur ou le vendeur soumet une plainte à SquareTrade en colligeant toute l'information pertinente dans un formulaire électronique. Par la suite, la partie adverse est notifiée par courrier électronique. Quand une réponse est soumise, SquareTrade permet aux parties d'accéder aux formulaires sur un site sécurisé, par le biais de mots de passe et de noms d'utilisateur. À cette étape, les parties peuvent tenter de régler le différend à l'amiable. Si les parties sont incapables de trouver un terrain d'entente, elles peuvent demander à SquareTrade de leur assigner un médiateur, moyennant le paiement d'un honoraire qui demeure modeste. Si les parties en arrivent à une entente, avec ou sans l'aide du médiateur, le différend est résolu et un document faisant état du règlement est communiqué aux parties.

Règlement en ligne des litiges relatifs aux noms de domaine : eResolution

Fondée à l'automne de 1999, eResolution a lancé son premier service de règlement en ligne des différends au moment où elle recevait l'accréditation d'ICANN pour administrer le règlement des conflits relatifs aux noms de domaine conformément à sa politique le 1^{er} janvier 2000. Plusieurs centaines d'affaires ont depuis été réglées par le biais de la plate-forme technologique d'eResolution, et ce, à l'échelle planétaire.

La procédure d'ICANN évacue toute difficulté touchant à la mise en œuvre ou à l'exécution des décisions rendues. En effet, le détenteur du nom de domaine est lié par son contrat d'enregistrement avec le registraire, qui, pour obtenir son accréditation à titre de registraire, s'engage à adopter la politique ICANN pour le règlement des conflits relatifs aux noms de domaine. En vertu de cette politique, le registraire exécute les décisions, sauf recours aux tribunaux dans un délai précis, en procédant directement aux annulations ou transferts ordonnés conformément à la politique.

eResolution s'est empressée dès le début de transformer la procédure ICANN, procédure sur pièces, en procédure en ligne. La technologie mise en place par eResolution permet aux parties, aux décideurs et aux administrateurs de dossiers de tout faire en ligne. En effet, la totalité des échanges a lieu dans un environnement sécurisé, accessible par nom d'utilisateur et mot de passe.

L'objet de notre propos n'est pas d'évaluer la procédure mise en place par l'ICANN mais bien d'analyser les acquis de son intégration à une plate-forme technologique. Ils sont liés d'abord et avant tout à la nature de la procédure mise en ligne. Car il s'agit d'une sorte de « arbitrage contractuel », c'est-à-dire d'une procédure qui a tout de l'arbitrage de droit, sauf la vocation à se substituer totalement, dans certains contextes, aux procédures judiciaires.

Depuis l'adoption de la politique de l'ICANN, plus de 2 500 décisions sur les noms de domaine ont été rendues. Un corpus de règles se dégage petit à petit de cette masse de décisions. Il est intéressant de noter que ces décisions se fondent en grande partie sur les énoncés normatifs de l'ICANN. Il nous apparaît clair que ces règles, issues d'un processus décisionnel privé, contribuent à l'élaboration d'une *lex electronica*. En effet, voilà un secteur de la propriété intellectuelle, le droit des marques de commerce, dans lequel des acteurs privés participent à la « normalisation » des environnements électroniques et, de ce fait, contribuent à encadrer les transactions informationnelles. L'intervention des autorités étatiques apparaît ici minimale. Il va sans dire que les tribunaux judiciaires ne sont pas liés par les décisions rendues dans le cadre du processus ICANN. Il est cependant très clair qu'un tribunal judiciaire, appelé à trancher un conflit relatif à un nom de domaine, ne saurait ignorer les principes émergents de la jurisprudence ICANN. Les usages, les pratiques et les principes que se donnent les acteurs constituent certes des éléments à prendre en compte par un tribunal judiciaire. Autrement, la décision judiciaire risque fortement de n'être pas en phase avec les activités qu'elle entend régir. Cette manifestation concrète de la *lex electronica* dans un secteur particulier ne peut manquer d'influer

sur les autres branches du droit de la propriété intellectuelle et d'illustrer la nature plurielle de la normativité sur l'Internet; pluralité normative qui, disions-nous plus haut, semble la seule voie capable de faciliter l'encadrement juridique de ce médium.

Les mécanismes de règlement en ligne des conflits participent à l'identification et à la cristallisation des règles, usages et pratiques fondant la *lex electronica*. Il convient alors d'accorder une attention toute particulière à ce type de mécanisme. À partir d'une série de règles de base, la politique et les règles de l'ICANN, les acteurs privés ont été en mesure de régler bien des difficultés qui, jusqu'ici, semblaient résister, dans une certaine mesure, à un encadrement juridique. Voilà certes un précédent que le juriste ne saurait méconnaître.

Par ailleurs, l'expérience d'eResolution dans la mise en œuvre de la politique ICANN est une étape importante dans le processus de maturation des mécanismes de règlement en ligne des conflits. L'étape suivante, déjà amorcée, devrait poser certains jalons quant au rôles respectifs des divers intervenants en matière d'administration de la justice sur l'Internet.

Modes normatifs et modèles de justice

Contrairement à d'autres secteurs où l'existence d'une concurrence normative poussée et d'une activité autorégulatrice florissante ne pose pas de difficulté particulière, celui de l'administration de la justice a tendance à susciter d'assez vives controverses lorsqu'il s'agit pour l'État de se désengager ou de laisser une part d'initiative au secteur privé. Les difficultés comme les enjeux sont différents selon le domaine envisagé: la justice en matière de consommation (B2C) d'une part, et la justice commerciale (B2B) d'autre part.

La justice en matière de consommation

La difficulté principale rencontrée dans l'implantation de nouveaux mécanismes de redressement pour les consommateurs provient essentiellement de l'omniprésence des considérations d'ordre public, que l'État considère comme autant de composants du noyau dur de valeurs dont la protection justifiera toujours son intervention. Dans le contexte transfrontalier des environnements dématérialisés, les questions qui nous intéressent ici se résument à la faculté d'élection de droit et de for et à la faculté de compromettre.

Dans le domaine de la consommation devenue internationale, les débats entourant les limites à la faculté d'élection se sont polarisés sur un premier axe entre les associations de défense des consommateurs et les associations représentant les milieux d'affaires, et sur un second axe entre l'Europe et les États-Unis.

La position européenne, qui a un impact majeur sur la forme que prennent les

règles et usages de la consommation à l'échelle mondiale, consiste jusqu'à ce jour à ne prévoir aucun aménagement significatif aux droits des consommateurs tels qu'ils ont été largement harmonisés à l'échelle de l'Union, tout en encourageant le développement et l'implantation de méthodes extrajudiciaires de règlement des différends afin de stimuler le développement du commerce électronique.

Clauses d'élection de droit

Sur la question de l'élection de droit d'abord, la Convention de Rome prévoyait en substance, avant l'avènement de l'Internet, que « le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle ». L'application de ce régime aux contrats de consommation conclus à distance par des moyens de télécommunications tels que l'Internet est confirmée par la directive de 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Ce régime signifie en apparence que le consommateur bénéficie de la protection de son propre droit pour ses transactions Internet, peu importe le lieu où le vendeur est situé, et peu importe les représentations faites au vendeur.

Clauses d'élection de for

En ce qui concerne le for, le Règlement du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, reprend la logique des dispositions de la Convention de Bruxelles touchant à la « consommation », en permettant au consommateur de saisir à son choix le tribunal du lieu où il est domicilié ou la juridiction de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le commerçant, et en interdisant au professionnel de saisir une juridiction autre que celle de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur. Sont par ailleurs interdites les clauses d'élection de for qui, antérieures à la naissance d'un différend, dérogent à ce régime autrement qu'en permettant au consommateur de saisir des juridictions additionnelles.

Les autorités européennes sont conscientes que ce régime risque d'agir comme frein sur le développement du commerce électronique. Aussi une déclaration faite par le Conseil charge-t-elle la Commission de la préparation d'un rapport dans lequel « une attention particulière devrait être donnée à l'application des dispositions du règlement à l'égard des consommateurs et des petites et moyennes entreprises, en particulier dans le cadre du commerce électronique » et invite à cet égard la Commission à proposer « le cas échéant des adaptations du règlement » avant l'expiration du délai habituel.

Clauses compromissaires

Au plan formel, les dispositions limitant la faculté d'élection de for en matière de consommation ne trouvent pas application en matière de clauses compromissaires. Dans l'analyse de la faculté de compromettre en matière de litiges de consommation, l'on se tourne naturellement vers la directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. On y trouvera une mention des clauses ayant pour objet ou pour effet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales... ».

La portée exacte de cette disposition nébuleuse demeure hautement incertaine, ce qui force les opérateurs économiques prudents, entre autres, à lui donner une interprétation par analogie conforme à l'esprit des dispositions, plus claires et fort restrictives, qui gouvernent la faculté d'élection de for en matière judiciaire. On voit mal en effet, sur un plan purement logique, pourquoi il en irait autrement de la juridiction arbitrale, sauf peut-être à procéder à une analyse qui prend soin de mesurer les avantages pratiques du mécanisme arbitral pour toutes les parties impliquées. Dans l'affaire *Océano*, la Cour de justice européenne fait l'analyse des circonstances entourant la conclusion d'une clause d'élection de for et des conséquences qu'aurait l'application de cette clause dans l'équilibre des obligations des parties au regard de la directive. Ce qui est remarquable dans cette décision, où la clause d'élection de for est jugée invalide, c'est que la grille analytique, moulée aux circonstances de l'espèce, aurait vraisemblablement conduit à la validation d'une clause compromissoire suffisamment équilibrée. Mais, compte tenu des risques économiques en jeu, une telle hypothèse ne saurait suffire à rassurer les opérateurs économiques au point de les faire miser sur l'arbitrage pour les litiges de consommation.

Le droit des États-Unis a été plus flexible dans l'aménagement des conditions juridiques susceptible de favoriser le développement du commerce électronique entre professionnels et consommateurs. La faculté d'élection y est plus large et les clauses compromissaires qui ne sont pas abusives sont valables et largement répandues. Mais l'analyse détaillée du droit des États-Unis ne nous avancerait guère, car lorsqu'il s'agit d'un réseau planétaire et de dispositions impératives, c'est dans une large mesure la règle du plus petit ou du plus grand dénominateur commun qui joue, au sens où le commerçant ou le professionnel qui souhaite offrir ses biens ou services sur l'ensemble du réseau est bien forcé de se plier aux dispositions impératives du territoire où elles sont le plus protectrices du consommateur.

La faculté d'élection et la faculté de compromettre avant la survenance d'un litige apparaissant comme des conditions importantes pour le développement d'initiatives privées en matière de justice, on constate donc que le jeu de la concurrence normative est fortement restreint.

Les autorités européennes se rendent bien compte de cette difficulté et sont déterminées à favoriser le déploiement de mécanismes extrajudiciaires pour le règle-

ment des conflits de consommation. Malheureusement, on voit assez mal comment un réseau européen fera avancer le dossier à l'échelle internationale. De plus, la question du rôle de l'État, comme celle de la validité des mécanismes contraignants, demeure entière. D'un côté, l'idée d'un système d'accréditation par la puissance publique des centres ou mécanismes de règlement des litiges de consommation demeure à l'ordre du jour malgré les protestations du secteur privé ; de l'autre côté, la question de la possibilité des mécanismes *a priori* contraignants demeure sans réponse satisfaisante.

Dans ces conditions, la seule voie rapide demeurant ouverte pour le développement à l'échelle internationale de nouveaux mécanismes en est une qui exclue d'emblée tout système contractuel liant *a priori* le consommateur. Compte tenu de la disproportion largement reconnue entre le coût des procédures judiciaires et les enjeux des litiges de consommation, le règlement extrajudiciaire des différends conserve un certain intérêt, pour autant qu'il soit dispensé en ligne.

Malgré les lenteurs de l'évolution législative et la confusion normative qui risque de durer encore un moment en cette matière, le rôle de l'État nous apparaît tout tracé. Les efforts d'adoption de principes directeurs pour le règlement des conflits de consommation à la suite des efforts de consultation internationaux sont le témoin de son émergence.

La justice commerciale

L'arbitrage international doit formellement son efficacité à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et à la modernisation accélérée des législations nationales sur l'arbitrage. La Convention de New York impose aux tribunaux des 125 États contractants de reconnaître les accords d'arbitrage écrits et de se déclarer incompétents lorsqu'ils sont saisis d'un litige soumis à une clause d'arbitrage.

Surtout, la Convention de New York engage les États concernés à reconnaître et à exécuter les sentences arbitrales étrangères selon un régime qui confine leur droit de regard à la protection de l'ordre public. Et c'est là précisément le modèle qui selon nous viendra à s'imposer pour l'administration de la justice, dans des domaines qui ne sauraient être cantonnés à l'activité commerciale.

Le formalisme et l'arbitrage en ligne

De prime abord, l'infrastructure juridique sur laquelle repose l'arbitrage international peut soutenir avec une certaine aisance le passage aux moyens électroniques de communications. La première question d'intérêt touche à la validité d'un accord d'arbitrage conclu par le biais de moyens électroniques. Le problème dont il s'agit ici touche au formalisme parfois imposé par les textes, aux niveaux national et international, concernant la validité ou la preuve d'un compromis ou d'une clause com-

promissoire. Au niveau national, plusieurs droits nationaux exigent un écrit lorsqu'il s'agit de reconnaître des effets juridiques à un accord d'arbitrage. Au niveau international, une lecture restrictive de la Convention de New York semblerait également exiger un écrit. Qu'en est-il, dans un tel contexte, de la validité d'un accord d'arbitrage conclu en ligne ?

En ce qui concerne les droits nationaux, il est évident que la mise en conformité des règles de forme d'une part, avec les exigences nouvelles du commerce d'autre part, ne se fera pas partout avec la même facilité, ni la même célérité, mais elle se fera. En ce qui concerne la Convention de New York, la voie de l'interprétation souple est recommandée afin de permettre le rattachement à la notion d'écrit des textes dématérialisés.

La deuxième question a trait à la notification des documents. Encore une fois, il s'agit ici d'un problème assez mineur si on l'envisage comme obstacle à la numérisation d'une procédure arbitrale. Avec l'accord des parties, en effet, rien ne s'oppose à la notification de documents par voie électronique. Quant à la preuve de l'envoi et de la réception en matière de messagerie électronique, les outils de messagerie interne protégée, et d'ores et déjà disponibles auprès des centres sérieux de règlement des différends en ligne, contournent ce problème de manière tout à fait satisfaisante. Il en va de même des problèmes de confidentialité des échanges.

La troisième question a trait à l'instruction de l'affaire. On pourra distinguer ici les audiences, y compris l'administration de la preuve testimoniale et documentaire, d'une part, et la question du lieu de l'arbitrage, d'autre part. En ce qui concerne les audiences, on sait que la vidéoconférence est déjà utilisée dans plusieurs arbitrages internationaux. Cette technique se démocratise aujourd'hui grâce à l'Internet et permet des économies importantes. En tout état de cause, il est utile de rappeler qu'une partie importante de la procédure arbitrale est constituée par l'échange de courriers et de documents entre les parties et les arbitres, échange qui peut avoir lieu par voie électronique.

Glissant sur les modalités d'administration de la preuve par écrit, soulignons au passage que, dans la plupart des environnements juridiques, les parties en ont la libre disposition. Rappelons également que le problème de la numérisation ne se pose qu'en cas de contestation touchant l'authenticité des documents, cas somme toute assez rare. Glissant également sur la question du lieu de la procédure, évoquons simplement la tendance actuelle à admettre l'établissement d'un lieu fictif pour l'arbitrage, c'est-à-dire d'un lieu où ni les parties ni les arbitres ne sont forcés de pérégriner pour mener à bien la procédure.

La quatrième et dernière question concerne l'établissement de la sentence. À un niveau suffisamment élevé d'analyse, le problème posé par l'établissement de la sentence peut être assimilé dans une large mesure à celui que nous avons évoqué en parlant de la clause d'arbitrage et du compromis. Une difficulté supplémentaire doit aussi être mentionnée : la sentence doit être signée. Comme pour la convention d'arbitrage, on peut espérer ici que l'harmonisation des standards techniques et l'inter-

prétation souple des textes existants suffiront à rassurer très rapidement les opérateurs sur la force exécutoire d'une sentence dématérialisée. L'arbitrage en ligne, d'ailleurs, n'attend pas.

Arbitrage et commerce électronique

Nous avons évoqué plus haut l'idée d'une *lex electronica* et retracé sa généalogie. Nous nous contenterons en terminant d'évoquer ce que le commerce électronique pourrait avoir comme impact sur l'évolution des règles de droit nationales et l'administration de la justice.

Le commerce électronique se veut international au sens théorique et le devient rapidement au sens empirique. D'un côté, les droits nationaux et les tribunaux étatiques sont perçus, de plus en plus, comme étrangers aux réalités du commerce international. Le recours de plus en plus fréquent à l'arbitrage international et aux principes de droit nationaux en apporte la preuve incontestable. D'un autre côté, les systèmes normatifs « immanents » sont perçus comme insuffisants parce que toujours incomplets, et parfois trop génériques. Dans leur recherche d'un droit et d'une justice équitables et adaptés à leurs activités, les opérateurs économiques n'ont de choix aujourd'hui que de se tourner vers des mécanismes qui exploitent jusqu'à ses limites la liberté de contracter.

Au plan du droit matériel, on peut escompter un essor considérable des codes de conduite, des contrats types plus ou moins imposés et des règles et usages formalisés qui, dans certaines industries, font la loi des parties. Ce type d'instrument autorégulateur permet à la fois d'adapter les règles aux usages particuliers et évolutifs d'une industrie donnée et de faire l'économie d'une dynamique contractuelle *ad hoc*, hautement inefficace, qui force chaque partie à négocier les termes de chacun de ses contrats individuellement faute de normalisation. Ce type d'instrument est appelé à se développer et prendra sans doute une importance phénoménale si le rôle des associations autorégulatrices en vient un jour à être associé à celui des grandes places de marché électroniques ou à s'y fondre.

Pour ce qui est de la justice et de son administration, notre réflexion va dans le même sens. L'arbitrage est la seule solution viable pour le règlement des différends d'un commerce électronique forcément international et l'arbitrage en ligne le seul mécanisme qui puisse garantir une adéquation entre les coûts de la justice et les enjeux de contrats internationaux qui ne sont plus l'apanage des grands groupes. À l'instar des règles matérielles applicables aux contrats, les règles consensuelles aménageant le règlement des différends s'éloignent rapidement de tout recours aux règles de procédure d'un système juridique particulier. Dans une moindre mesure, ces dispositions aménageant le règlement des différends tendent aussi à être dictées par les usages de l'industrie en cause. Ici encore, si le rôle des associations de commerçants en vient un jour à se fondre à celui des grandes places de marché électroniques, on peut penser que l'arbitrage se transformera en juridiction de droit commun.

Arbitrabilité des conflits de propriété intellectuelle

Nous avons décrit succinctement plus haut le processus de résolution des conflits de noms de domaine conformément à la politique et aux règles adoptées par l'ICANN. L'arrière-plan de ces règles et de cette politique est fondé, en bonne partie, sur le droit des marques de commerce. L'ICANN, en raison de son monopole sur le système d'adressage Internet, a la capacité d'imposer ces règles aux acteurs que sont les registraires et les détenteurs de noms de domaine. Ce monopole crée, *de facto*, une enclave normative qui reste, dans une certaine mesure, imperméable aux principes généraux de l'arbitrage. Par conséquent, la question de l'arbitrabilité des litiges en matière de propriété intellectuelle ne se pose pas dans le cadre des conflits relatifs aux noms de domaine. Bien qu'habilitée par la puissance publique, en l'occurrence le Congrès américain, l'ICANN agit, pour ce qui est du système d'adressage Internet, comme un acteur privé. Cela dit, nous avons souligné la qualité de précédent du système de résolution de conflit mis en place par l'ICANN et de la possibilité d'étendre ce modèle à d'autres secteurs de la propriété intellectuelle. En effet, il nous semble que les mécanismes en ligne de règlement de conflits pourraient être d'une très grande utilité juridique dans le cadre des conflits de propriété intellectuelle qui peuvent se nouer à la suite de transactions informationnelles sur l'Internet. Se pose alors dans les autres secteurs la question de l'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle.

Cette question a longtemps posé problème du fait du rôle des pouvoirs publics dans l'attribution et la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, il semble bien que les législateurs nationaux ont assoupli leurs approches en accordant un soutien plus marqué à l'autonomie de la volonté des parties. Ainsi, on peut noter que la question de l'arbitrabilité n'est plus un problème grave tout en reconnaissant que le degré auquel différents pays se sont engagés dans cette voie varie. On remarque, à l'examen des diverses législations, que la plupart des pays développés reconnaissent maintenant l'arbitrabilité de la plupart des conflits de propriété intellectuelle. Cela dit, le recours à l'arbitrage suppose au préalable l'existence d'un lien contractuel entre les parties et l'inclusion d'une clause compromissoire dans ledit contrat. Il va sans dire qu'en l'absence d'un tel lien ou d'une clause compromissoire, les parties peuvent toujours volontairement accepter de voir leur conflit réglé par la voie de l'arbitrage même si cette voie s'avère plus hasardeuse. Ainsi, les contrats de licences de propriété intellectuelle, les contrats de transfert de propriété intellectuelle de même que les contrats en rapport avec lesquels la propriété intellectuelle est élaborée et développée (contrats de recherche ou de travail) peuvent faire l'objet de différends arbitrables. Dans le cadre des environnements électroniques où le contrat apparaît comme une voie normative particulièrement prometteuse, on comprend alors que les conflits de propriété intellectuelle, fondés sur des contrats, peuvent certainement être traités par le recours aux mécanismes en ligne de règlement des différends. Il y a alors fort à parier qu'une jurisprudence arbitrale se développera dont les principes constitueront une nouvelle application de la

lex electronica. Cette *lex electronica* devrait permettre de faciliter l'encadrement juridique des transactions informationnelles relevant du domaine de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, il est clair également que certains types de conflits qui ne puisent pas leurs fondements dans des rapports contractuels, comme la contrefaçon, par exemple, ne pourront être traités par le biais des mécanismes de règlement en ligne des différends. Il convient alors de recourir aux voies traditionnelles de résolution que sont les tribunaux judiciaires.

Conclusion

Si le règlement des différends en ligne se développe rapidement, ce n'est pas à l'instigation des autorités nationales et internationales contrôlant les structures juridiques positivistes, mais bien en dépit de leur inaptitude à gérer la normativité en mouvement qui caractérise ce qu'il est convenu d'appeler la « mondialisation ».

Le phénomène de l'administration privée de la justice comme celui de la normativité anationale qu'il suscite, n'est pas nouveau. Comme nous l'avons évoqué en première partie, il puise aux sources de l'organisation du commerce par les guildes marchandes du Moyen Âge et répond à une logique autorégulatrice dont on peut désormais soupçonner qu'elle ne fut que brièvement interrompue par l'avènement d'un paradigme aujourd'hui en perte de vitesse, celui de la souveraineté territoriale et monopolistique de l'État-nation. L'observateur ne saurait donc s'étonner de retrouver ces phénomènes dans le cyberspace qui, par sa plasticité et la délocalisation qu'il suppose, constitue le terrain parfait de cette (ré-)expérimentation normative.

Mais les facteurs théoriques et historiques expliquant et justifiant ce phénomène ne sont évidemment pas toujours au cœur des préoccupations des acteurs : l'efficacité, le moindre coût, la rapidité, la simplicité, la mise en phase du règlement des conflits avec les avancées technologiques constituent les facteurs pratiques dont les acteurs se réclament. Prenant acte de ces réalités, les autorités nationales et internationales devraient faciliter la mise en place de ces mécanismes électroniques de règlement des conflits qui visent, somme toute, à assurer un exercice plus facile et moins coûteux des droits des parties, consommateurs ou commerçants, dans des environnements électroniques qui, autrement, ne facilitent pas l'affirmation de ces droits. Cet idéal d'accès à la justice ne devrait pas être escamoté au profit d'une rigidité idéologique. Les technologies de l'information et de la communication facilitent simplement les modalités de l'accès à la justice et permettent, de ce fait, aux citoyens de se faire entendre. Peut-on s'étonner que la justice bénéficie également des avancées technologiques ? Le règlement en ligne des conflits issus des environnements électroniques ne constitue, nous semble-t-il, qu'une étape. En effet, il convient également de déployer ces modes électroniques dans le monde de la justice traditionnelle. Un tel déploiement ne peut que contribuer à assurer cet idéal démocratique que constitue l'accès à la justice.

Analyse critique de l'« Étude comparative de divers instruments internationaux en matière de droits connexes » (établie par M. Walter)*

Sommaire

Partie II — Première sous-partie (paragraphe 2 à 36)	25
1. Champ d'application de la protection. Personnes et prestations protégées	25
2. Producteurs de phonogrammes	26
3. Étendue de la protection	27
4. Traitement national et clause de la nation la plus favorisée	27
5. Protections conventionnelles. Le droit de location	29
6. Applicabilité directe des conventions	31
Partie II — Seconde sous-partie (paragraphe 37 à 85)	32
7. Droits d'exploitation et de location	32
8. Relations entre AI et radiodiffuseurs	32
9. Droits des AI sur la fixation et la reproduction	34
10. Droit d'importation	34
11. Droits des producteurs de phonogrammes sur la radiodiffusion	35
12. Transmission par satellite	35
13. Transmission en ligne	35
14. Exceptions aux droits	36

* Cette analyse a été préparée par le Secrétariat de l'UNESCO ; elle ne constitue en aucune manière une interprétation officielle des dispositions des instruments internationaux analysés.

Partie III — Avenir de la Convention de Rome et évolution des droits voisins
(paragraphe 86 à 100) **36**

- 15. Éléments de réflexion **36**
- 16. Évaluation des instruments existants **36**
- 17. Coexistence des instruments internationaux **38**
- 18. Lacunes de la protection internationale **38**
- 19. Évolution de la protection **39**
- 20. Principales questions **39**
- 21. Évolution future de la CR **39**

Conclusion **42**

L'Étude est structurée en deux parties :

- la première partie (numérotée II) : comparaison entre les divers traités internationaux étudiés ;
- la seconde partie (numérotée III) : avenir de la CR et évolution des droits connexes.

Ces deux parties sont encadrées par une introduction (partie I) et une conclusion.

La partie II comprend deux chapitres qui présentent plusieurs subdivisions. Elle couvre (texte français) 34 pages dont 19 pour le seul chapitre intitulé « Droits d'exploitation ». Cette partie peut elle-même — pour les besoins de l'analyse — être divisée en deux sous-parties.

La première de ces deux sous-parties est relative au champ d'application (bénéficiaires et prestations) des traités internationaux. Dans cette sous-partie sont étudiés les rapports entre les traités. Ces traités sont essentiellement la CR, l'ADPIC et le WPPT. Est également évoquée la « Convention Phonogramme » (Genève, 1971). Mais ce dernier traité n'a qu'une importance marginale et les commentaires de l'Étude sur ce texte n'appellent aucune observation. Cette première sous-partie est développée dans les paragraphes numérotés de 2 à 36 de l'Étude.

La seconde sous-partie est consacrée à l'analyse des droits connexes en distinguant les « droits d'exploitation » eux-mêmes subdivisés en droits d'exploitation sous forme tangible, et les droits d'exploitation immatériels, les « droits à rémunération équitable », le « droit moral » et la « durée de protection ». Cette seconde sous-partie est traitée dans les paragraphes numérotés de 37 à 85 de l'Étude.

Partie II — Première sous-partie (paragraphe 2 à 36)

1. *Champ d'application de la protection. Personnes et prestations protégées*

- 1.1 Artistes-interprètes. Définition en tant qu'objet de protection. La Convention de Rome (CR) protège trois catégories de bénéficiaires : les artistes-interprètes ou exécutants (AI), les producteurs de phonogrammes et les organismes de radio-diffusion. L'article 3 de la CR définit restrictivement les AI protégés. Seuls sont protégés les AI qui « exécutent ou représentent des œuvres littéraires ou artistiques », donc des œuvres protégées par le droit d'auteur. Sont donc exclus de la protection des prestataires comme les « artistes de cirque » et les sportifs. Le paragraphe 3 de l'Étude relève que l'article 9 de la CR permet explicitement aux législateurs nationaux d'étendre la protection aux AI exclus par l'article 3 de la CR.
- 1.2 L'Étude tire de cet article 9 la conclusion (dernier alinéa du 3) que la protection organisée par la CR n'est pas limitée aux seules personnes qui exécutent des œuvres littéraires ou artistiques et que, par conséquent, les sportifs, en particulier, peuvent être considérés comme bénéficiaires de la CR. Ce point de vue peut être contesté.
- 1.3 Il convient en effet de distinguer entre la protection que chaque État partie doit accorder du fait qu'il est partie à un instrument international et la protection que tout État partie ou non peut accorder en vertu de son pouvoir souverain. L'article 9 de la CR ne fait que rappeler une évidence : un État souverain a évidemment le droit de protéger comme il l'entend les artistes de cirque et les sportifs. Mais la législation nationale qui use de cette faculté n'aura aucun effet international parce qu'elle est en dehors des obligations conventionnelles. En particulier, l'obligation pour des États parties à la CR d'accorder aux AI étrangers « conventionnels » (habilités par les points de rattachement à invoquer la protection de la CR) le bénéfice du « traitement national » (assimilation aux nationaux de l'État où la protection est demandée) ne s'étend qu'aux seuls AI étrangers qui répondent à la définition de l'article 3 de la CR (exécuter des œuvres littéraires ou artistiques) et n'est pas étendu aux AI qui ne sont pas couverts par cet article 3. En vertu de l'article 2 de la CR, un État partie n'est tenu d'accorder le bénéfice du traitement national qu'aux seuls AI qui répondent à la définition conventionnelle des bénéficiaires telle qu'énoncée à l'article 3 de la CR. En d'autres termes, tout État est libre de protéger par sa propre législation les AI qui sont en dehors de la définition de l'article 3 de la CR. Mais cette extension ne crée aucune obligation conventionnelle aux États cocontractants.
- 1.4 Il faut ajouter que le point de savoir si les AI n'exécutant pas des œuvres littéraires ou artistiques sont ou non protégés par la CR est indépendant du contenu de la protection elle-même. S'il est parfaitement exact, comme le rappelle

l'Étude dans le dernier alinéa de son paragraphe 3 que les droits énoncés à la CR sont des droits minimaux qui peuvent être amplifiés par les législations nationales des États contractants, cette faculté ne suffit pas à conférer une protection conventionnelle aux personnes qui ne sont pas mentionnées dans la définition restrictive de l'article 3 de la CR. La question de savoir qui l'on protège doit être distinguée de celle de savoir comment l'on protège.

- 1.5 L'Accord sur les aspects commerciaux des droits de la propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC) est silencieux sur la définition des AI. Ce silence doit être interprété comme une référence implicite à la définition de la CR. L'Étude rappelle justement que le Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 concernant les producteurs de phonogrammes et les artistes-interprètes (WPPT) (article 2 a)) restreint également la protection aux seuls AI qui exécutent des œuvres littéraires ou artistiques, auxquels sont ajoutés ceux qui exécutent les «œuvres du folklore» (cf. document, paragraphe 3). On peut noter que, sur le point discuté, le WPPT est un peu plus précis que la CR puisque la dernière phrase de l'alinéa 2 de son article 3 dit qu'«en ce qui concerne les critères de protection, les parties contractantes appliquent les définitions pertinentes de l'article 2 du présent traité». Mais cette précision n'est que l'explicitation d'une règle implicite déjà contenue dans l'article 3 de la CR.

2. Producteurs de phonogrammes

- 2.1 L'Étude (paragraphe 4) relève à juste titre que la CR ne protège pas le producteur de la bande sonore d'un film, le phonogramme protégé étant défini comme «une fixation exclusivement sonore, d'une exécution ou d'autres sons». Le même paragraphe souligne l'élargissement de la définition du producteur protégé résultant des alinéas *b* et *d* de l'article 2 du WPPT. Cet article englobe dans la définition du producteur la personne à l'origine de la première fixation de sons «provenant d'une représentation de sons», expression qui exclut toute fixation sonore incorporée dans une œuvre cinématographique ou audiovisuelle. Mais l'expression «une représentation de sons» vise la production de sons par des ordinateurs ou des synthétiseurs, ce qui adapte donc la définition du phonogramme à l'ère du numérique.
- 2.2 À l'analyse de l'Étude, il convient d'ajouter que la Déclaration commune interprétant l'article 2 b) du WPPT vient limiter les effets de l'exclusion des bandes sonores de films du champ de la protection. Cette Déclaration précise en effet que «l'incorporation dans une œuvre cinématographique ou audiovisuelle (d'un phonogramme) dans la bande sonore d'un film n'affecte pas la protection due à ce phonogramme». Il est donc permis de nuancer l'appréciation portée par le paragraphe 4 de l'Étude selon laquelle la formulation du WPPT ne serait que «légèrement différente» de celle de la CR quant aux définitions du phono-

gramme et de son producteur. L'extension de la notion de phonogramme à la «représentation de sons» par des instruments électroniques et l'interprétation de la Déclaration commune sur la bande sonore d'un film sont, juridiquement et économiquement, importantes.

3. *Étendue de la protection*

- 3.1 S'agissant des AI, le paragraphe 8 de l'Étude rappelle que l'article 7.1b) et c) de la CR et l'article 6 du WPPT investissent l'AI, à l'égard de la première fixation de sa prestation, sur tous supports matériels, de droits exclusifs ou quasi exclusifs (droit de mettre obstacle). L'Étude revient sur ces droits dans son paragraphe 41.
- 3.2 Le paragraphe 8 montre très bien que les droits des AI sur la première fixation, sonore ou audiovisuelle, ne sont affectés ni par l'article 19 de la CR (suppression des droits AI dès qu'ils ont donné leur autorisation à l'inclusion d'une exécution dans une fixation audiovisuelle), ni par les articles 7 et suivants du WPPT limitant les droits des AI à l'inclusion de leurs prestations dans les phonogrammes.
- 3.3 En fait ces droits d'autoriser la première fixation sont limités à des cas où l'exécution des prestations des AI exige leur présence physique du simple fait qu'ils se rendent à la convocation d'un organisateur de spectacle, ou d'un producteur. Cette présence physique est évidemment constitutive d'un consentement aux personnes qui utilisent leurs prestations dans un cadre contractuel. En réalité, ces droits de première fixation ne protègent les AI que contre des enregistrements clandestins réalisés à leur insu. La consistance économique de tels droits est donc faible, encore que la nécessité de lutter contre une piraterie de plus en plus agressive peut accroître leur utilité.

4. *Traitement national et clause de la nation la plus favorisée*

- 4.1 Le paragraphe 10 de l'Étude décrit exactement le contenu du «traitement national» défini dans la CR : un pays contractant doit accorder à l'étranger ressortissant d'un autre pays contractant la même protection que celle dont bénéficie ses nationaux, sous la seule réserve des exceptions et limites permises par la Convention. Le contenu du «traitement national» est dénommé par le paragraphe 8 comme «un traitement national *au sens strict du terme*». Cette appréciation signifie que le «traitement national» de la CR est de même nature que celui accordé par la Convention de Berne en droit d'auteur : l'auteur étranger conventionnel ne peut être moins bien traité qu'un auteur national, pour tous les droits conférés par la loi de l'État dans lequel la protection est demandée, sans

que cet État puisse exiger une réciprocité de protection dans l'État dont l'auteur étranger est ressortissant, ni prétendre limiter l'assimilation au national pour les seuls droits mentionnés dans la Convention. (Cf. article 5 de la Convention de Berne : « Les auteurs jouissent dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention ».)

- 4.2 Il s'agit donc d'un traitement national *de plein effet*, par opposition au traitement national *réduit* dont il sera parlé. L'expression « de plein effet » est plus significative que celle de « au sens strict du terme » qui évoque au contraire — et inexactement — une conception restrictive du traitement national. Ce traitement national « de plein effet » est effectivement prévu dans la CR, malgré une rédaction plus ambiguë que celle de la Convention de Berne.
- 4.3 En effet l'article 2.2 de la CR énonce que « le traitement national sera accordé, compte tenu de la protection expressément garantie et des limitations expressément prévues dans la présente Convention ». Si la référence aux « limitations » se comprend d'elle-même, l'expression « compte tenu de la protection expressément garantie » (par la Convention) est ambiguë et pourrait être interprétée comme limitant le traitement national aux seuls droits expressément garantis par la Convention, ce qui entraînerait par exemple le refus d'étendre le traitement national aux droits nationaux prévus pour les exploitations audiovisuelles ? Mais cette dernière interprétation restrictive ne saurait être retenue et l'on approuve l'Étude qui l'écarte. L'allusion de l'article 2.2 de la CR à la « protection expressément garantie » par la Convention alors même que ces derniers droits ne seraient pas reconnus par la législation de l'État dans lequel la protection est demandée. Dans le même sens (traitement national de plein effet), on peut se référer à Masouye « Guide de la CR », p. 25) qui conclut, avec quelques réticences il est vrai, à une « assimilation de l'étranger au national sans restriction ».
- 4.4 Ce point de vue est conforté par la lecture *a contrario* de l'ADPIC et du WPPT qui énoncent expressément que l'assimilation au national n'est obligatoire que pour les seuls droits mentionnés explicitement dans l'instrument considéré. Dans l'ADPIC, cette conception restrictive du « traitement national » est renforcé par la « note de bas de page 1 » pour les articles 3 (traitement national) et 4 (clause de la nation la plus favorisée). Cette note précise que « la protection englobera les questions concernant l'existence, l'acquisition, la portée, le maintien des droits... et les moyens de les faire respecter, ainsi que l'exercice des droits *expressément traités dans l'Accord* ». L'expression « droits expressément traités dans l'Accord » est très restrictive, plus restrictive que des termes « visés » ou « évoqués » dans l'Accord. La lecture de l'ADPIC montre que seuls les droits de location des supports sont « expressément traités » dans l'instrument. Il semble que l'objectif précis de cette « note de bas de page » soit d'exclure du « traitement national » au sens de l'ADPIC au moins les droits à rému-

nération pour copie privée prévus dans certaines législations nationales en faveur des auteurs, des AI et des producteurs.

- 4.5 Le paragraphe 11 de l'Étude consacré à l'ADPIC rend compte des restrictions au « traitement national » édictées par son article 3. En revanche, ce paragraphe ne mentionne pas la note de bas de page qui vient d'être analysée. Dans ces conditions, on comprend mal la phrase de ce paragraphe selon laquelle « il n'est pas [aussi] évident que le principe du traitement national [dans l'ADPIC] est à comprendre de manière restrictive ». On le comprend d'autant moins que les restrictions sont bien évoquées dans ce paragraphe de l'Étude.
- 4.6 En revanche, le paragraphe 18 de l'Étude consacrée à la clause de la nation la plus favorisée rend compte exactement de la portée réduite sinon nulle de cette clause dans les domaines du droit d'auteur et des droits connexes. Cette portée réduite est encore rappelée au paragraphe 91 de l'Étude. Pour mémoire, on rappelle, comme le fait l'Étude, que le WPPT limite le traitement national « aux seuls droits exclusifs reconnus par le traité » et aux droits à rémunération équitable pour radiodiffusion et communication au public des phonogrammes du commerce. Cette réduction écarte donc du traitement national dû au titre du WPPT le bénéfice des lois nationales accordant des droits aux AI sur l'exploitation des fixations audiovisuelles et celles relatives aux rémunérations pour copie privée.

5. *Protections conventionnelles. Le droit de location*

- 5.1 Le paragraphe 17 de l'Étude rappelle le contenu de la protection instituée par les instruments internationaux en matière de droits connexes : l'étranger « conventionnel » bénéficie de deux avantages : le premier est celui du « traitement national » ou de l'assimilation au national, déjà évoqué ci-dessus. Le second avantage est de garantir aux personnes protégées un « socle » de protection minimale constitué par des droits spécifiquement prévus par l'instrument lui-même, et dont le bénéfice est acquis même si le droit correspondant n'est pas prévu dans la législation nationale de l'État où la protection est réclamée. Ce même paragraphe 17 commente plus particulièrement ce « socle » de droits expressément reconnus par l'ADPIC et le WPPT. À ce titre est évoqué le droit de location. Bien entendu, ce même droit de location est également évoqué dans la seconde sous-partie de l'Étude consacrée à l'analyse des droits. Le droit de location est ainsi traité au paragraphe 56. Cette structure conduit évidemment à quelques redites.
- 5.2 S'agissant du paragraphe 17, l'Étude affirme en particulier que l'ADPIC et le WPPT accordent aux AI, au titre de la protection conventionnelle spécifique un droit de location sur les phonogrammes. Cette affirmation mérite d'être fortement nuancée : en effet l'article 14.4 de l'ADPIC attribue ce droit de loca-

tion « aux producteurs de phonogrammes et à tous les autres détenteurs de droits sur les phonogrammes tels qu'ils sont déterminés dans les législations nationales ». Le droit conventionnel de location de phonogrammes n'est donc acquis qu'aux seuls producteurs. Les AI comme les auteurs ne sont investis du droit de location sur phonogrammes que si la loi nationale leur confère un tel droit. Il est donc inexact d'affirmer que l'ADPIC institue pour les AI un droit de location de phonogramme de nature conventionnelle, puisque l'octroi d'un tel droit est laissé à la discrétion des lois nationales.

- 5.3 L'article 9 du WPPT laisse également une marge d'appréciation aux législations nationales pour reconnaître ou refuser un droit aux AI sur la location des phonogrammes. Le paragraphe 1 de cet article dispose en effet que « les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la location de l'original et les copies de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes selon la définition de la législation nationale des parties contractantes ». Ainsi, la loi nationale peut librement « définir » — donc restreindre — celles des prestations d'AI fixées sur phonogrammes donnant prise au droit de location.
- 5.4 Cet article 9 du WPPT est la transposition de l'article 7 du Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (WCT) accordant apparemment un droit de location aux auteurs. Avec une formulation différente de celle de l'ADPIC, les articles 6 du WCT et 9 du WPPT laissent aux législateurs nationaux une grande latitude pour reconnaître ou refuser un droit de location aux auteurs et aux AI. La portée de ce renvoi aux législations nationales est confirmée et amplifiée par la « Déclaration commune » interprétant l'article 7 du WCT selon laquelle cet article ne permet pas d'exiger d'une partie contractante qu'elle prévoie un droit exclusif de location pour les auteurs qui, en vertu de la législation de cette partie contractante, ne jouissent pas de droits sur les phonogrammes. En outre selon la Déclaration, il est entendu que cette obligation (relative au droit de location) est compatible avec l'article 14.4 de l'ADPIC. Cette Déclaration n'affecte, juridiquement, que le WCT et n'est pas reprise dans le WPPT. On peut toutefois penser que cette Déclaration relative aux droits des auteurs sera opposable aux droits des AI, car il est peu vraisemblable que les législations nationales accordent aux AI des droits supérieurs à ceux qu'elles reconnaissent aux auteurs.
- 5.5 Cette liberté laissée aux législations nationales par l'ADPIC, le WCT et le WPPT de reconnaître ou de refuser des droits de location aux auteurs et AI est d'autant plus significative que ces trois instruments reconnaissent formellement aux producteurs de phonogrammes un droit de location sans restriction, de nature conventionnelle, s'imposant aux parties contractantes sans aucune marge de liberté pour les législations nationales. Or l'Étude analysée ne rend pas compte de ces renvois aux législations nationales de la détermination des droits de location, tels qu'ils sont permis par l'ADPIC et le WPPT et laisse au contraire au lecteur l'impression, inexacte, que ces instruments reconnaissent

des droits conventionnels de location non seulement aux producteurs mais également aux AI.

- 5.6 Cette remarque laisse entièrement ouverte la question de l'interprétation des dispositions de l'ADPIC et du WPPT — y compris les Déclarations interprétatives — qui autorisent ces renvois aux législations nationales. Il est certain en effet que ces dispositions sont ambiguës et peuvent faire l'objet d'interprétations divergentes. Il peut être soutenu soit que ces renvois aux législations nationales n'ont qu'une portée réduite, soit, au contraire, que l'ADPIC et le WPPT réservent formellement et effectivement la liberté des parties contractantes d'admettre ou de refuser le droit de location aux AI, liberté explicitement reconnue par la Déclaration interprétant l'article 7 du WCT pour les auteurs.
- 5.7 Il est donc possible que le point de vue exprimé par le paragraphe 17 de l'Étude puisse être regardé comme traduisant la première des deux interprétations possibles qui viennent d'être mentionnées. Considérée en tant que telle, cette interprétation peut se justifier par sa finalité sociale et culturelle favorable aux AI. Mais encore doit-il être clairement précisé qu'il ne s'agit que d'une interprétation susceptible d'être contestée, et que, en tout état de cause, la rédaction de l'article 14.4 de l'ADPIC et de l'article 9 du WPPT ne reconnaissent pas formellement le droit de location de phonogrammes aux AI.

6. *Applicabilité directe des conventions*

- 6.1 Cette question est traitée aux paragraphes 19 et 20 de l'Étude. Ces développements ne sont affectés d'aucune inexactitude juridique, mais nous paraissent mêler deux questions qui doivent être distinguées : celle du mécanisme d'intégration d'un instrument international dans l'ordre juridique interne d'un État contractant et celle de l'applicabilité directe des dispositions conventionnelles supposées intégrées dans l'ordre juridique national.
- 6.2 Sur le premier point, les États contractants se partagent entre deux systèmes constitutionnels. Pour certains, tel la France, la seule ratification d'une convention internationale suffit à intégrer cette convention dans l'ordre juridique interne. Pour d'autres (Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique en particulier), la seule ratification est insuffisante. L'intégration des dispositions conventionnelles dans l'ordre juridique interne exige, outre la ratification, l'adoption d'une loi nationale particulière qui joue comme un écran entre la convention et l'ordre juridique national.
- 6.3 La seconde question ne semble se poser que pour les seuls pays du premier groupe, qui ne connaissent pas le système de la loi écran. Pour ces États, la convention internationale ratifiée est directement applicable dans la mesure où les dispositions conventionnelles sont inconditionnelles et suffisamment précises.
- 6.4 Les conventions qui établissent des droits au profit de personnes privées comme

les auteurs, les AI et les producteurs répondent rarement à ces dernières conditions et laissent généralement une marge d'appréciation et de mise en œuvre aux lois ou règlements nationaux. Dans notre matière, il faut avoir présent à l'esprit que les droits conventionnels peuvent, d'après la convention elle-même, subir des limitations ou exceptions qui relèvent des lois nationales.

Partie II — Seconde sous-partie (paragraphe 37 à 85)

7. Droits d'exploitation et de location

- 7.1 Cette deuxième sous-partie analyse les différents droits d'exploitation connexes, en distinguant l'exploitation sous forme matérielle (supports) et immatérielle (radiodiffusion terrestre et par satellite, communication au public, y compris la transmission numérique en ligne); les exceptions au droit; les droits à rémunération équitable, le droit moral et enfin la durée de protection. Cette analyse mérite d'être approuvée dans son ensemble et n'appelle que des réserves de détail.
- 7.2 Dans les paragraphes 58 et 59, l'Étude commente à nouveau les droits sur la location des phonogrammes, droits déjà évoqués dans le paragraphe 17 et nuance l'affirmation de ce dernier paragraphe selon laquelle les AI comme les producteurs de phonogrammes bénéficieraient d'un droit de location conventionnel.
- 7.3 Le paragraphe 58 reconnaît que, dans l'ADPIC, les droits de location des AI peuvent dépendre du bon vouloir des législations nationales. Ce même paragraphe semble estimer que l'ADPIC, sur lequel est aligné l'article 9 du WPPT (cf. paragraphe 59), obligerait les États-Unis à prévoir, dans leur législation, un droit de location explicite aux auteurs et aux AI (dernière phrase du paragraphe 58). Cette dernière interprétation est loin d'être évidente. Au contraire, la Déclaration commune relative à l'article 7 du WCT précise *expressis verbis* que cet article n'oblige pas une partie contractante à prévoir pour les auteurs un droit exclusif de location qui, en vertu de la législation de cette partie, ne jouissent pas de droits sur les phonogrammes, en ajoutant que cet article 7 WCT est compatible avec l'article 14.4 de l'ADPIC. Or les AI sont, au regard du droit de location institué par l'ADPIC, dans la même situation que celle des auteurs.

8. Relations entre AI et radiodiffuseurs

- 8.1 Le paragraphe 41 de l'Étude commente spécialement l'article 7.2 de la CR. Cet article traite des droits éventuels des AI sur la réémission et sur la fixation/reproduction aux fins de radiodiffusion lorsque l'AI a consenti à la

radiodiffusion. Cet article, pour l'essentiel, organise, selon la forte expression de Claude Masouye dans son Guide de la CR, la « démission de la Convention sur ces droits, entièrement renvoyés aux législations nationales », sous réserve qu'un tel renvoi ne peut priver les artistes-interprètes ou exécutants de la capacité de régler contractuellement leurs relations avec les radiodiffuseurs. Ce paragraphe 41 met justement en lumière une contradiction interne à la CR. Alors que l'article 7.2 (2) renvoie aux législations nationales les droits des AI sur les enregistrements éphémères réalisés par les radiodiffuseurs, l'article 15.1 c) de la même Convention range les fixations éphémères parmi les exceptions aux droits des AI.

- 8.2 En revanche, ce même paragraphe 41, tout en décrivant exactement le contenu de l'article 7.2 de la CR relatif aux droits des AI à l'égard des radiodiffuseurs, contient certaines phrases qui, au moins à première vue, sont peu compréhensibles. Ainsi, écrire, au début du paragraphe 41, que la CR impose « une autre restriction » aux droits des AI qui résulterait de l'alinéa (3) de l'article 7.2 relatif aux accords contractuels, constitue une appréciation paradoxale : selon l'article 7.2 (3) de la CR, le renvoi de la protection des AI aux législations nationales « ne saurait avoir pour effet de priver les AI de la capacité de régler, par voie contractuelle, leurs relations avec les radiodiffuseurs ». Cette allusion à la capacité de contracter, peut difficilement être regardée comme une restriction. Ce n'est qu'au paragraphe 95 que l'Étude s'explique sur l'appréciation rappelant la liberté contractuelle. L'Étude note que, dans une relation contractuelle, les AI sont la partie faible dans la transaction, et que, par conséquent, la liberté contractuelle joue plutôt contre eux en profitant aux radiodiffuseurs. Pourtant la rédaction même de l'article 7.2 (3) de la CR montre que le rappel de la liberté contractuelle se veut une protection des AI, le contrat pouvant pallier les lacunes de la protection légale organisée par la législation nationale.
- 8.3 On peut même se demander si le rappel de la liberté contractuelle énoncé à l'article 7.2 (3) de la CR n'entraîne pas l'interdiction aux législations nationales qui définissent les droits des AI d'édicter des règles interprétatives de contrat défavorables aux AI (telles que des présomptions de cession des droits aux producteurs). Mais cette conclusion serait aventurée si l'on considère que le renvoi aux législations nationales permet certainement aux États d'édicter des régimes de licences obligatoires ou d'imposer une gestion collective des droits, mesures qui sont plus restrictives pour les AI que des règles d'interprétation de contrats. En réalité, ce qui caractérise essentiellement l'article 7.2 de la CR pris dans son ensemble est le refus de toute protection conventionnelle et le renvoi aux seules législations nationales combinées avec les pratiques contractuelles.

9. Droits des AI sur la fixation et la reproduction

- 9.1 Le paragraphe 44 de l'Étude évoque ces droits tels qu'ils sont définis par les articles 6 et 7 du WPPT. Il appelle deux remarques :
- a) Ce texte rappelle que ce traité est assorti d'une Déclaration commune précisant que le droit de reproduction s'applique pleinement dans l'environnement numérique, ce qui est déjà le cas pour la CR, mais implicitement seulement. Cette observation est exacte, mais il faut avoir présent à l'esprit que cette application du droit de reproduction dans le numérique doit être combinée avec l'article 16 du WPPT sur les exceptions à ces droits. L'étendue de ces exceptions sera évoquée dans les commentaires du paragraphe 76 de l'Étude.
 - b) Ce même paragraphe 44, dans son deuxième alinéa, estime que le dispositif du WPPT n'est pas substantiellement différent de celui de la CR.
- 9.2 Il existe pourtant une différence entre les deux instruments : alors que l'article 7 de la CR limite la protection des AI à la possibilité de « mettre obstacle » à certains actes d'exploitation des prestations d'AI, les articles 6, 7, 8 et 9 du WPPT investissent les AI de droits exclusifs d'autoriser ces actes (avec les réserves déjà exprimées sur le droit de location). Si l'on rappelle que l'expression « mettre obstacle » permet d'écarter l'octroi de droits exclusifs pour ne retenir que des dispositions pénales, cette différence entre les deux instruments n'est mineure ni juridiquement ni économiquement. À cet égard, le WPPT est donc plus protecteur pour les AI que la CR.

10. Droit d'importation

- 10.1 Ce point est traité au paragraphe 55. L'existence d'un droit dénommé d'« importation » n'est que la conséquence de l'épuisement national de l'exercice du droit de distribution. Si l'exercice du droit de distribution n'est pas frappé d'épuisement mondial, mais seulement d'un épuisement national, l'exercice de ce droit dans l'État (E) ne fait pas obstacle à ce que son titulaire l'oppose à nouveau dans un autre État (I). Le titulaire ne dispose pas à proprement parler d'un « droit d'importation » mais il est fondé à subordonner à son consentement la distribution d'exemplaires dans le pays d'importation. Le choix entre épuisement national (reconnaissance d'un droit d'importation) et l'épuisement mondial (refus du droit d'importation) n'est tranché par aucun des trois instruments analysés. L'article 6 de l'ADPIC croit utile de préciser qu'aucune disposition de l'Accord ne sera utilisée pour traiter de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. Le WPPT comme le WCT réservent également cette question.

11. Droits des producteurs de phonogrammes sur la radiodiffusion

- 11.1 Le paragraphe 63 de l'Étude rappelle que ni la CR ni l'ADPIC ne prévoient, pour ces producteurs, un droit exclusif sur la radiodiffusion. Ce même paragraphe aurait pu préciser qu'il en est de même pour le WPPT.

12. Transmission par satellite

- 12.1 L'Étude semble attachée à la distinction entre satellites de radiodiffusion directe et satellites de télécommunication (paragraphe 66 et 67), pour en tirer la conséquence que seule la transmission par satellites de radiodiffusion directe pourrait être assimilée à un acte de radiodiffusion pour l'application des législations de droits d'auteur et connexes. Cette distinction est opérée par le droit international des télécommunications élaboré par l'UIT. Mais elle n'est plus prise en considération en matière de propriété intellectuelle, dès lors que les progrès techniques permettent la réception directe par le public des signaux émis par les satellites de télécommunication. On est donc fondé à ne pas partager le doute exprimé par le paragraphe 67 que les signaux transmis par des satellites de télécommunication peuvent être assimilés à la radiodiffusion dès lors qu'ils sont émis aux fins de réception par le public.

13. Transmission en ligne

- 13.1 Le paragraphe 71 énonce justement que, pour les droits connexes, la transmission en ligne ne peut être assimilée à la radiodiffusion. L'auteur de l'Étude exprime l'opinion personnelle que la transmission en ligne devrait, pour les droits d'auteur et connexes, être qualifiée d'acte — ou d'actes — de reproduction, ou de distribution.
- 13.2 On observe que, pour le droit d'auteur, le WCT (article 8) rattache le droit sur la transmission en ligne au « droit de communication au public » sous la dénomination de « mise à disposition du public (des œuvres protégées) de manière à ce que chacun puisse y avoir accès, de l'endroit, ou au moment qu'il choisit de manière individualisée ». Dans le domaine des droits connexes, les articles 10 et 14 du WPPT érigent cette « mise à disposition » en droit autonome, distinct du droit de radiodiffusion. Ces qualifications ne font pas obstacle à ce que ces « mises à disposition » soient également soumises au droit de reproduction à raison des actes de reproduction en mémoire d'ordinateur impliqués par la transmission en ligne. Un cumul de droits sur un même acte ne se heurte à aucun obstacle juridique, et il n'y a aucune nécessité de choisir entre droit de reproduction et droit relevant de la communication publique.

13.3 Si la législation internationale des droits connexes (le WPPT) distingue le droit de mise à disposition au public, qualification applicable à la transmission en ligne, et le droit de radiodiffusion, c'est pour permettre de conférer au premier de ces droits le caractère d'un droit exclusif, tout en maintenant le second dans la catégorie des droits à rémunération (article 15 du WPPT). La communauté internationale n'est en effet pas disposée à soumettre les actes de radiodiffusion des phonogrammes à l'autorisation des producteurs et des AI.

14. Exceptions aux droits

14.1 Il aurait été utile, au paragraphe 76 de l'Étude, de mentionner la Déclaration commune interprétant l'article 16 WPPT comme permettant aux législations nationales d'édicter des exceptions spécifiques à l'environnement numérique. Cette faculté vise spécialement les actes de reproduction temporaire en mémoire d'ordinateur qui sont indispensables à la circulation des signaux sur la « Toile ».

Partie III — Avenir de la Convention de Rome et évolution des droits voisins (paragraphe 86 à 100)

15. Éléments de réflexion

Cette partie est structurée en plusieurs subdivisions :

- i) Évaluation des instruments (paragraphe 86 à 89) ;
- ii) Coexistence de plusieurs instruments (paragraphe 90 à 92) ;
- iii) Lacunes de la protection internationale des droits connexes (paragraphe 93 à 95) ;
- iv) Évolution de la protection internationale des droits connexes (paragraphe 96 à 98) ;
- v) Principales questions à intégrer dans une éventuelle révision de la Convention de Rome (paragraphe 99 et 100).

16. Évaluation des instruments existants

16.1 L'Étude analyse, en les synthétisant, les caractéristiques de la CR, de l'ADPIC et du WPPT.

16.2 La CR assure la triple protection des AI, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion. Cet instrument octroie aux personnes protégées le bénéfice du « traitement national » intégral (dénommé *stricto sensu* par

l'Étude). L'Étude rappelle les limites de la protection conventionnelle de la CR, notamment pour les AI. Ceux-ci ne sont protégés — et encore sans l'octroi d'un droit exclusif — qu'à l'égard de leurs premières fixations ou des radiodiffusions « vivantes », ce qui exclut tout droit de reproduction ou de communication publique des fixations autorisées. L'article 19 nie explicitement toute protection en ce qui concerne les exploitations audiovisuelles. La CR prévoit bien un « droit à rémunération équitable » sur la radiodiffusion des phonogrammes du commerce. Mais l'institution d'un tel droit n'est pas imposé aux États contractants. L'Étude, qui rappelle ces caractéristiques (paragraphe 87), n'appelle aucune remarque.

- 16.3 Pour l'ADPIC, le paragraphe 88 rappelle que cet instrument apporte quelques renforcements de la protection : les États contractants doivent prendre des mesures pour faire respecter les droits ; la durée de protection limitée à vingt ans par la CR est portée à cinquante ans. Enfin, le droit de location est expressément accordé — avec beaucoup d'ambiguïté, il est vrai, pour les AI, comme il a été rappelé. En revanche le « traitement national » est entendu de manière restrictive, car réduit aux seuls droits explicitement inscrits dans l'Accord.
- 16.4 Le WPPT est exactement analysé dans le paragraphe 89. Limité au domaine sonore, à l'exclusion de l'audiovisuel, le WPPT renforce sensiblement la protection des AI sur leurs prestations fixées sur phonogramme (droits exclusifs sur la reproduction des fixations ; droits de distribution et de location ; reconnaissance des droits moraux). L'Étude n'insiste peut-être pas suffisamment sur l'importance de l'extension explicite du WPPT aux exploitations numériques (inclusion des copies numériques dans le champ d'application du droit de reproduction ; institution d'un droit exclusif sur la « mise à disposition » au public par le procédé de transmission en ligne ; et enfin, l'obligation pour les États de prendre des mesures pour faire obstacle à la neutralisation des procédés techniques électroniques destinés à identifier les œuvres/prestations et leurs ayants droit, et d'empêcher les copies multiples numériques (article 8 : obligations relatives aux mesures techniques ; article 9 : obligations relatives à l'information sur le régime des droits).
- 16.5 Enfin, c'est à juste titre que l'Étude rappelle que l'ADPIC comme le WPPT érigent en une sorte de principe général du droit de la propriété intellectuelle la règle selon laquelle les exceptions aux droits exclusifs doivent respecter la triple limite tracée par l'article 9.2 de la Convention de Berne (limitation à des « cas spéciaux » ; obligation de ne pas porter atteinte aux « droits légitimes des auteurs ainsi qu'à l'« exploitation normale de l'œuvre » — règle dite du « triple critère »).

17. Coexistence des instruments internationaux

Les paragraphes 90 à 92 de l'Étude qui lui sont consacrés n'appellent aucun commentaire.

18. Lacunes de la protection internationale

Dans la 3^e subdivision qui leur est consacrée (paragraphes 93 à 95), le paragraphe 94 rappelle pertinemment les réticences du législateur international envers l'octroi de droits connexes exclusifs sur la radiodiffusion faite à partir de fixations ou de reproductions de fixations. Outre la crainte qu'un tel droit exclusif accordé aux producteurs de phonogrammes pourrait porter atteinte à la liberté de programmation, soulignée à la fin du paragraphe 94, il faut ajouter l'hostilité des auteurs qui redoutent de voir affaiblir leurs propres droits exclusifs sur la radiodiffusion de leurs œuvres au cas où ces droits devraient être exercés en concurrence avec des droits de même nature accordés aux producteurs de phonogrammes.

De même, c'est à juste titre que, dans le paragraphe 95, l'Étude souhaite qu'une réforme des instruments internationaux des droits connexes comprenne des dispositions sur les « obligations ». Par ce terme, un peu obscur à première lecture, l'Étude désigne les contrats entre AI d'une part, producteurs ou radiodiffuseurs d'autre part.

Mais il faut être clair sur le sens de ces dispositions. Dans l'esprit de l'Étude, cette réglementation internationale des contrats s'impose pour renforcer la position des AI, partie faible dans ces relations contractuelles. Mais il ne faut pas oublier que la Convention de Berne (Acte de Paris) régit les relations contractuelles entre auteurs et producteurs audiovisuels dans le double souci de veiller aux droits pécuniaires des auteurs mais aussi dans celui d'améliorer la sécurité juridique des producteurs à qui doit être laissée, dans l'intérêt de toutes les parties, la maîtrise de la stratégie de l'exploitation du film ou de l'œuvre audiovisuelle. Dès lors, la réglementation internationale des contrats de droits connexes devrait poursuivre deux objectifs :

- les AI doivent être associés financièrement aux produits de toutes les exploitations (sous forme tangible ou immatérielle, analogique ou numérique) de leurs prestations ;
- les producteurs doivent conserver la maîtrise de l'exploitation de ces prestations, notamment dans l'audiovisuel.

En revanche, l'on doit émettre des réserves sur le paragraphe 93 de l'Étude dans la mesure où il préconise l'octroi de droits connexes aux producteurs audiovisuels, préconisation amplifiée aux paragraphes 96 et 98 sans doute au nom d'une fausse analogie entre producteurs audiovisuels et producteurs de

phonogrammes. Cette suggestion semble provenir d'une lecture incomplète de la Convention de Berne selon laquelle seuls les producteurs cinématographiques et non les autres producteurs d'œuvres audiovisuelles non cinématographiques jouiraient d'une situation juridique protégée, lacune qu'il conviendrait de pallier, selon l'Étude, par l'octroi de droits connexes aux producteurs dans tout le domaine audiovisuel. Or la Convention de Berne assimile formellement les œuvres audiovisuelles non cinématographiques aux œuvres cinématographiques (article 2: ... «les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie...»).

Il n'existe donc aucun vide juridique qui justifierait l'inclusion des producteurs audiovisuels, d'après la législation internationale, parmi les bénéficiaires de droits connexes.

19. *Évolution de la protection*

Dans cette subdivision (paragraphe 96 à 98), l'Étude se prononce en faveur d'un renforcement des droits connexes. La mise en œuvre de cette idée générale devrait se traduire par une révision de la CR, cet instrument révisé continuant à coexister avec l'ADPI et le WPPT. La révision de la CR conseillée dans les paragraphes 97 et 98 devrait intégrer la Convention de Bruxelles (satellites), «assurer une protection adéquate» des interprétations et exécutions audiovisuelles (donc abrogation de l'article 19), aligner la protection des AI et des producteurs de phonogrammes sur celles accordée par le WPPT. Ces considérations n'appellent pas d'objection sauf en ce qui concerne l'octroi de droits connexes aux producteurs audiovisuels pour des motifs déjà exposés.

20. *Principales questions*

Dans cette subdivision (paragraphe 99 et 100), le paragraphe 99 énumère 17 propositions dont la finalité serait «la mise à jour de la CR sur le modèle de l'ADPIC et du WPPT». Cette énumération est conforme au but assigné et, dans cette mesure, n'appelle aucune objection.

21. *Évolution future de la CR*

Il est proposé dans le paragraphe 100 une refonte complète qui irait au-delà du simple alignement sur l'ADPIC et le WPPT, complété par l'extension aux exploitations audiovisuelles. Cette «refonte complète» affecterait cinq

domaines : liste des bénéficiaires, traitement national, énumération des droits, droits des obligations (réglementation des contrats) et sociétés de perception.

21.1 La protection internationale serait étendue :

- aux producteurs audiovisuels ;
- aux photographies « simples », délaissées par la protection du droit d'auteur pour défaut d'originalité ;
- aux organisateurs de spectacles utilisant des prestations d'AI ;
- aux éditeurs de publications scientifiques ;
- aux AI autres que ceux qui exécutent des œuvres protégées (artiste de cirque et sportifs).

Nous avons déjà exprimé nos réserves sur l'attribution de droits connexes aux producteurs audiovisuels. Pour les autres catégories, on constate que les justifications font défaut et qu'en tout état de cause, les problèmes soulevés par ces extensions de protection internationale n'ont pas atteint un degré de maturité suffisante.

21.2 Traitement national :

- L'Étude propose l'élimination des réserves actuellement permises par la CR comme critères de rattachement (article 5.3 pour les producteurs de phonogramme ; article 16 a) pour la rémunération équitable et article 16 b) pour les organismes de radiodiffusion). L'élimination proposée n'est pas assortie de justifications spécifiques. Elle soulèverait des problèmes délicats dont les implications n'ont pas été étudiées. De plus, les réserves de l'article 5.3 de la CR ont été reprises dans l'article 3.3 du WPPT.
- S'agissant du statut des sociétés de perception, évoqué dans cet alinéa b), il est vrai qu'il existe une contradiction entre la nature juridique des redevances collectées par ces sociétés, qui sont des fonds privés, et la pratique de plusieurs États qui obligent ces sociétés à consacrer une fraction de ces fonds à des fins d'intérêt général culturel. Dans cette situation, la suggestion énoncée au paragraphe 100, 2^e point, peut se révéler utile pour légaliser et encadrer ces pratiques étatiques.
- Toutefois la formulation de la recommandation est trop générale. Elle ne saurait s'appliquer à tous les droits, mais seulement à certains d'entre eux pour lesquelles la détermination exacte des bénéficiaires est incertaine, cette incertitude justifiant alors la socialisation d'une partie des redevances collectées (en particulier les redevances de copie privée).
- Enfin, on doit garder présent à l'esprit que les problèmes soulevés par les relations entre sociétés de perception et pouvoirs publics ne sont pas limités aux droits connexes, mais concernent également les droits d'auteur. Il est donc impossible de proposer des mesures sur les sociétés en se plaçant du seul point de vue des droits connexes.

21.3 Énumération des droits. Cet alinéa recommande huit mesures dont certaines appellent des observations ou des réserves.

- i) Droit d'importation : on rappelle que ce « droit » n'est que l'autre face de la limitation de l'épuisement du droit de distribution au territoire national — ou d'une entité économique plurinationale.
- ii) Octroi de droits exclusifs sur la radiodiffusion d'interprétations fixées sur phonogramme : on a déjà évoqué les objections et les difficultés que soulèverait l'institution d'un tel droit dans une convention internationale. La solution adoptée par le WPPT (refus d'un droit de radiodiffusion mais octroi d'un droit sur la transmission numérique en ligne a réalisé un équilibre raisonnable).
- iii) Droit exclusif sur les réémissions : mêmes réserves que ci-dessus.
- iv) Élimination des restrictions sur les droits reconnus par la CR aux organismes de radiodiffusion (article 13 c) : droit de reproduction ; article 16 b) : communication de l'émission dans des lieux publics moyennant paiement).

La formulation de l'Étude sur ces éliminations est trop générale. Il est certain qu'après l'adoption du WPPT sur les droits des AI et des producteurs de phonogrammes, les droits des radiodiffuseurs tels que définis par la CR doivent être réévalués. Mais il est prématuré de décider dès maintenant l'élimination de toutes les réserves formulées par la CR.

21.4 Droits des obligations, sociétés de perception

- Les deux premières préconisations conseillent d'établir une réglementation internationale des contrats de droits connexes dans un sens favorable aux AI : en particulier, toute clause par laquelle un AI renoncerait aux rémunérations équitables ou résultant de la cession de droits exclusifs serait nulle. Un tel dispositif protecteur est effectivement prévu dans le droit européen (directive 92/100 du 19 décembre 1992). Mais l'inaliénabilité du droit de percevoir une rémunération ne se conçoit qu'associée à une présomption de cession des droits exclusifs des AI au profit des producteurs, ce que prévoit effectivement la directive européenne précitée. Sous réserve — à vrai dire importante —, la préconisation n'appelle pas d'objection.
- La troisième préconisation de l'alinéa e) de l'Étude (paragraphe 100), la faculté de conférer l'exercice de droits exclusifs aux sociétés, se comprend mal. En effet, l'activité normale d'une société de perception consiste, en particulier, à gérer les droits exclusifs de ses membres en vertu d'un apport des droits ou d'un mandat. On ne voit pas l'utilité de recourir à un instrument international pour permettre à ces sociétés d'accomplir les actes qui relèvent de leur objet social. Il se peut que le véritable but de la préconisation soit de garantir aux titulaires de droits connexes la liberté de former des sociétés de perceptions, ou de fortifier la situation de ces sociétés face aux législations nationales antitrusts. Mais il s'agit là d'une simple supposition. Rappelons que toute réglementation des sociétés de perception intéressant le droit d'auteur, aucune décision dans ce domaine ne peut être adoptée dans le seul cadre des droits connexes.

- La quatrième préconisation de cet alinéa e) consiste à imposer, internationalement, une gestion collective obligatoire de certains droits exclusifs. La législation européenne prévoit que les droits de câblo-distribution doivent faire l'objet d'une gestion collective obligatoire (article 9 de la directive 93/83 du 27 septembre 1993). Mais la formulation de l'Étude est insuffisamment précise sur l'identification des droits dont la gestion serait obligatoirement collective.

Or l'obligation d'une gestion collective, qui est une restriction importante à la liberté contractuelle, n'est légitime que si elle est limitée à certains droits dont la gestion individuelle soulèverait de graves difficultés telles que, par exemple, le grand nombre des titulaires de droits sur un même acte d'exploitation et la difficulté de les identifier.

Et surtout, l'obligation de recourir à la gestion obligatoire de certains droits exclusifs doit être laissée à l'appréciation des différents États et aucun argument sérieux n'a été avancé pour justifier que cette obligation soit édictée dans une législation internationale résultant d'un traité diplomatique multilatéral.

Conclusion

Cette analyse se termine par le rappel et le regroupement des principales remarques critiques sur l'Étude de M. Walter.

- 1) Contrairement à ce qu'affirme l'Étude, on ne peut tirer de l'article 9 de la CR rappelant qu'il est loisible aux États de protéger les artistes-interprètes qui ne répondent pas à la définition conventionnelle (ceux qui exécutent ou interprètent des œuvres de l'esprit), tels les artistes de cirque et les sportifs, la conclusion que les AI non compris dans cette définition bénéficient néanmoins de la Convention de Rome. En particulier, ces exclus ne peuvent bénéficier du traitement national. De plus le WPPT a maintenu cette définition restrictive des artistes-interprètes (point 1 de notre analyse).
- 2) L'Étude sous-estime l'importance de l'article 2 du WPPT étendant les droits des producteurs aux phonogrammes obtenus par «représentation de sons», c'est-à-dire à la musique obtenue des synthétiseurs ou des ordinateurs (point 2 de notre analyse).
- 3) L'affirmation du paragraphe 2 de l'Étude qu'il n'est pas évident que le principe du traitement national dans l'ADPIC soit à comprendre «de manière restrictive» est difficilement compréhensible à la lecture de l'article 3 de l'ADPIC assortie de sa note de bas de page (points 4.4 et 4.5 de notre analyse).
- 4) Notre analyse relève à plusieurs reprises que la rédaction de l'article 14.4 de l'ADPIC et celle de l'article 9 du WPPT, avec leurs renvois aux législations nationales, ne permettent pas de considérer, comme le fait l'Étude, que ces deux instruments reconnaissent aux AI un droit conventionnel sur la location

- des phonogrammes, alors qu'un tel droit est reconnu sans ambiguïté aux producteurs (points 5.2 et 5.3 de notre analyse).
- 5) De même, il semble aventuré d'estimer, avec l'Étude, que cet article 14.4 de l'ADPIC obligerait les États-Unis à modifier leur loi nationale pour reconnaître expressément un droit de location aux auteurs et aux AI (point 7.2 et 7.3 de notre analyse).
 - 6) Il est à relever une certaine obscurité dans le paragraphe 41 de l'Étude sur l'analyse de l'article 7.2 CR en tant que cet article rappelle que les AI jouissent de la possibilité de contracter avec les utilisateurs de leurs prestations (point 8 de notre analyse).
 - 7) L'Étude omet de rappeler que le droit de « mettre obstacle » conféré aux AI par la CR a été transformé en droits exclusifs d'autoriser ou d'interdire par le WPPT, ce qui constitue une amélioration assez sensible de la protection (point 9.1.b) de notre analyse).
 - 8) La distinction entre satellite de radiodiffusion directe et les satellites de télécommunication, et surtout les conséquences qu'elle serait censée entraîner pour les droits de propriété intellectuelle (paragraphe 66 et 67 de l'Étude) semble maintenant dépassée (point 12 de notre analyse).
 - 9) Notre analyse ne partage pas l'interprétation de l'Étude sur la qualification des droits sur la transmission en ligne (droit de reproduction) énoncée dans le paragraphe 71. Au point de vue du droit positif, le WCT et le WPPT qualifient ce droit de « droit de mise à disposition du public » (point 13 de notre analyse).
 - 10) Exceptions au droit de reproduction dans le domaine du numérique. Le paragraphe 76 de l'Étude omet de mentionner la Déclaration commune interprétant l'article 16 du WPPT (point 14 de notre analyse).
 - 11) Le paragraphe 95 de l'Étude souhaite que la réforme des instruments internationaux des droits connexes prévoie une certaine réglementation des contrats liant les AI. Notre analyse croit devoir donner son point de vue sur la portée de cette réglementation des contrats (dénommée « obligations ») (point 18 de l'analyse).
 - 12) Réserves sur le paragraphe 93 de l'Étude en tant qu'il préconise l'octroi de droits connexes aux producteurs audiovisuels (point 18 de notre analyse).
 - 13) Préconisations du paragraphe 100 de l'Étude. On renvoie au point 21 de notre analyse qui contient de nombreuses réserves sur les mesures préconisées. On ajoutera que, pour l'extension éventuelle des catégories de bénéficiaires de droits connexes, l'Étude aurait pu évoquer les producteurs de bases de données. Enfin, s'agissant des mesures recommandées par le paragraphe 100 sur les sociétés de perception et la gestion collective, il convient d'insister sur le fait que cette matière n'est pas propre aux droits connexes, mais concerne également les droits d'auteur.

La lecture de notre analyse suffit à montrer que les appréciations critiques qu'elle peut comporter à l'égard de l'Étude de M. Walter ne portent que sur des points de

détails, mis à part les préconisations du paragraphe 100 sur lesquelles chacun peut avoir une appréciation différente. Le caractère limité de nos observations montre *a contrario* que nous considérons l'Étude de M. Walter, prise dans son ensemble, comme un instrument de réflexion et d'analyse juridique dont l'étendue et le sérieux ne peuvent qu'impressionner le juriste.

ACTIVITÉS DE L'UNESCO

Promotion de l'enseignement du droit d'auteur et des droits voisins à l'université: inauguration d'une chaire UNESCO sur le droit d'auteur en Chine

Dans le cadre des activités de l'UNESCO conçues afin d'introduire et de développer l'enseignement du droit d'auteur et des droits voisins au niveau universitaire, pour former, de façon régulière, un personnel qualifié pour travailler dans toutes les infrastructures concernées par cette matière, le Directeur général de l'UNESCO et le Président de l'Université de Renmin de Chine ont signé un accord portant sur la création d'une chaire UNESCO du droit d'auteur et des droits voisins à la faculté de droit de cette université. La chaire a été solennellement inaugurée le 24 août 2001 par le Directeur général de l'UNESCO, Koishiro Matsuura, et le Président de l'Université, Ji Baocheng, en présence de M. Zhang Xinsheng, Ministre délégué pour l'éducation, de M. Jiang Zhipei, président du Tribunal suprême de la Cour du peuple, de représentants d'un certain nombre d'organismes gouvernementaux et non gouvernementaux, d'institutions et organisations ainsi que de professeurs et d'étudiants de l'Université.

À la fin de la cérémonie, M. Matsuura a reçu le titre de professeur *honoris causa* de l'Université.

NOUVELLES ET INFORMATIONS

La récente évolution du droit d'auteur français face aux exploitations numériques

André Kéréver

Sommaire

- Originalité des logiciels comme condition de la protection par le droit d'auteur 46
 - Ressemblances et interopérabilité 47
 - Jeux électroniques 47
 - Ressemblances dans l'apparence extérieure (*look and feel*) des logiciels 47
- Communication numérique en ligne 48
 - Droits d'auteur des journalistes sur les éditions numériques des journaux imprimés 48
 - Responsabilité des hébergeurs de sites à l'égard des auteurs 49

Originalité des logiciels comme condition de la protection par le droit d'auteur

Dans les actions en contrefaçon de logiciels, la personne recherchée se défend souvent par le motif que le logiciel du demandeur n'était pas protégeable pour défaut d'originalité.

Selon la jurisprudence française traditionnelle, et dès lors que le logiciel est traité comme une «œuvre littéraire», le juge doit rechercher si les deux logiciels comparés présentent ou non des ressemblances dans leurs éléments constitutifs de l'originalité.

On ne s'étonnera pas de ce que l'appréciation des ressemblances entre logiciels présente des difficultés spécifiques.

Ressemblances et interopérabilité

La Cour de cassation (chambre criminelle), dans un arrêt du 28 novembre 2000, approuve la cour d'appel de ne pas avoir tenu compte de ressemblances entre deux logiciels dès lors qu'elles sont liées à leur interopérabilité.

La cour d'appel avait en effet rejeté l'action en contrefaçon au motif que la partie civile ne rapportait pas la preuve que le logiciel du défendeur, destiné aux petites et moyennes entreprises sous l'appellation «X Office Édition PME» reproduisait tout ou partie de son logiciel dénommé «PME pour X Office», en précisant que s'il existe une ressemblance entre les deux logiciels, elle provient de ce que la partie civile a conçu le sien pour fonctionner avec «X Office».

Jeux électroniques

Ces produits font apparaître aux joueurs des séquences visuelles mises en œuvre par un ordinateur.

Une cour d'appel avait admis le grief de contrefaçon entre deux jeux en la déduisant de ressemblances constatées dans les séquences d'images dont l'originalité était reconnue. Les défendeurs contestaient cette motivation en soutenant que la contrefaçon ne pouvait être retenue que s'il existait des ressemblances entre les programmes des ordinateurs, les ressemblances limitées aux seules séquences d'images étant insuffisantes pour établir la contrefaçon.

La Cour de cassation (chambre criminelle, 21 juin 2000) écarte cette argumentation aux motifs que «la programmation informatique d'un jeu électronique étant indissociable de la combinaison des sons et des images formant les différentes phases du jeu, l'appréciation de ces éléments permet de déterminer le caractère original du logiciel contrefait».

Ressemblances dans l'apparence extérieure (look and feel) des logiciels

De telles ressemblances, qui ne portent pas sur les programmes informatiques eux-mêmes, suffisent-elles à établir le grief de contrefaçon ? La jurisprudence française ne répond pas clairement à cette question.

Dans un litige tranché par un arrêt du 10 mai 2000 de la cour d'appel de Paris (revue *Expertises*, juillet 2000), la cour retient, avec l'expert, des ressemblances

dans « l'interface utilisateur », et plus précisément dans « l'aspect ergonomique » des logiciels comparés.

Mais, contrairement à ce qu'ont écrit certains commentateurs, la cour d'appel n'a pas tranché la question de principe de la protection du *look and feel*. En effet, cette cour a estimé que les ressemblances relevées étaient « normales » — ce qui signifie non contrefaisantes —, car les éléments reproduits ou copiés « procèdent de standards internationaux », ce qui revient à leur dénier toute originalité protégeable.

En revanche, le tribunal de grande instance de Marseille, dans son jugement du 7 septembre 2000 (revue *Expertises*, janvier 2000), a retenu la contrefaçon au motif que la comparaison des « écrans » révèle de nombreuses et profondes ressemblances entre les deux logiciels qui s'adressent à la même clientèle.

Mais il faut noter que ce même jugement révèle également que le logiciel estimé contrefaisant a été élaboré par un ancien collaborateur de la société ayant créé le logiciel contrefait. La contrefaçon pouvait, de ce seul fait, être présumée. Il s'agit donc d'un jugement d'espèce dont la portée ne doit pas être surévaluée.

Communication numérique en ligne

Droits d'auteur des journalistes sur les éditions numériques des journaux imprimés

Un jugement du tribunal de grande instance de Lyon du 21 juillet 1999, confirmé par l'arrêt de la cour d'appel de la même ville du 9 décembre 1999, donne gain de cause aux journalistes salariés dans un litige les opposants à leur employeur, éditeur de journaux.

Ces décisions jugent que les employeurs propriétaires des journaux n'étaient cessionnaires des droits d'auteur de leurs journalistes salariés que pour les éditions imprimées, et que ces journalistes demeuraient investis de leurs droits d'auteur sur les éditions numériques en ligne (de type Internet) de leurs articles publiés dans les journaux imprimés.

Les éditeurs employeurs avaient soutenu que leurs journaux imprimés constituaient des « œuvres collectives » dont ils détenaient les droits de reproduction en tant qu'éditeurs. Ils étaient donc, selon eux, investis du droit de reproduction numérique sans avoir à obtenir la cession spécifique de ce droit. Subsidiairement, ces éditeurs faisaient valoir que le contrat de travail liant le journaliste au journal emportait, par lui-même, cession du droit de reproduction numérique.

Les journalistes ont opposé à ces prétentions les dispositions légales du Code de la propriété intellectuelle français, protectrices de l'auteur. Le contrat de travail n'emporte, par lui-même, aucune atteinte aux droits de l'auteur salarié. Ne sont régulièrement cédés que les seuls droits dont le domaine d'exploitation a été contractuellement délimité, et les contrats de travail en cours ne faisaient aucune

allusion à la reproduction numérique. Ils invoquaient également l'article L 761.9 du Code du travail selon lequel le droit, pour l'employeur, de faire paraître les articles dans « plus d'un journal » est subordonné à la conclusion d'un accord collectif explicite entre employeurs et salariés précisant les conditions pécuniaires de l'autorisation des journalistes. Or aucun accord de ce type n'avait été conclu, et l'édition numérique constituait un journal différent du journal imprimé.

Les juges de Lyon avaient accueilli les arguments des journalistes sans s'expliquer clairement sur ce que les éditeurs tiraient de leur qualité de propriétaires d'une œuvre collective.

Cette solution favorable aux journalistes est reprise par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 mai 2000 à propos du journal *Le Figaro* (*Expertises*, novembre 2000).

La cour de Paris, tout en s'appropriant la motivation des juridictions lyonnaises, a tenté de répondre aux objections tirées des droits des propriétaires d'une œuvre collective.

Cette réponse est double :

- Puisque le Code du travail subordonne la licéité de l'édition électronique à la conclusion d'un accord collectif employeurs salariés, accord qui fait défaut, « il importe peu que le journal constitue ou non une œuvre collective ». Autrement dit, les droits d'auteur que la loi reconnaît à l'employeur propriétaire d'une œuvre collective ne sont pas, en vertu du droit du travail, opposables aux salariés du journal, faute de la conclusion d'un accord collectif sur la publication « dans plus d'un journal ».
- L'édition électronique en ligne porte sur des articles de journalistes, qui sont des contributions individuelles, et non sur une œuvre collective. Dès lors, en admettant que le journal puisse recevoir la qualification d'œuvre collective fusionnant dans un ensemble les contributions individuelles des journalistes — point que la cour s'abstient de trancher —, le droit des œuvres collectives n'est pas applicable : l'édition électronique porte sur des contributions individuelles (les articles) et non sur le journal lui-même. Il importe donc peu que le journal soit ou non qualifié d'œuvre collective.

Les prérogatives que les éditeurs croyaient pouvoir tirer de leur qualité de propriétaires d'une œuvre collective étant écartées, il reste que, tant en vertu des dispositions générales du droit d'auteur que du droit du travail, la reproduction numérique des articles n'est licite qu'avec l'autorisation, individuelle ou collective, des journalistes salariés. Cette construction juridique repose sur l'affirmation que l'édition électronique est un journal « autre » que l'édition imprimée.

Responsabilité des hébergeurs de sites à l'égard des auteurs

Cette question n'est pas spécifique au droit d'auteur. Elle se pose pour toute cause d'illicéité des messages hébergés. Cette illicéité peut découler de la méconnaissance

de législations d'ordre public limitant la liberté d'expression, d'atteinte à des droits privatifs (droits d'auteur, voisins, marques) et plus généralement d'atteinte aux droits des tiers.

La jurisprudence examinée montre clairement que la responsabilité principale incombe à l'auteur de l'édition du contenu illicite. La responsabilité de l'hébergeur ne peut être recherchée que sur le terrain du droit commun de la responsabilité civile résultant des articles I382 et I383 du Code civil obligeant celui par le fait duquel un dommage est survenu à réparer le dommage ainsi causé.

- Si plusieurs décisions sont intervenues dans ce sens, c'est la cour d'appel de Versailles (8 juin 2000, *RIDA*, octobre 2000, p. 298) qui a énoncé le plus clairement les règles applicables en l'espèce à propos de la transmission en ligne de photographies qui méconnaissent le droit de la personnalité.

Après avoir rappelé la responsabilité principale de l'éditeur du site, la cour énonce que cette responsabilité « n'exclut pas de rechercher si le comportement fautif de l'hébergeur n'a pas concouru à la réalisation du dommage ». En effet, « l'hébergeur est tenu à une obligation de vigilance et de prudence » quant au contenu des sites hébergés par lui. Il s'agit, est-il précisé, d'une obligation de moyens et non de résultat.

La cour précise l'étendue de cette obligation de vigilance et de prudence. Indépendamment des cas où l'hébergeur est requis par une autorité publique d'accomplir certains actes, il doit exécuter « spontanément » des diligences dès qu'il est informé de l'illégalité, de l'illicéité ou du caractère dommageable du contenu du site hébergé, ou lorsque des circonstances le mettent en mesure d'en suspecter le contenu dommageable.

Ces diligences n'exigent pas l'examen général et systématique des contenus des sites hébergés, mais doivent se traduire en précautions prises dès la formation du contrat d'hébergement (obligation d'identifier et de permettre l'identification de l'éditeur du site, de l'avenir de ses obligations légales et du respect des droits des tiers quant au contenu du site) et lors de son exécution (diligences pour repérer tout site dont le contenu est illégal, illicite ou dommageable, afin de provoquer la régularisation du message, ou l'interruption de la prestation).

En dehors de ces hypothèses, il ne peut être fait grief à l'hébergeur de ne pas avoir contrôlé le contenu d'un site dont il a pu légitimement ignorer le caractère illégal ou dommageable.

- La jurisprudence qui vient d'être analysée pourra-t-elle être maintenue après l'intervention de la loi 2000-719 du 1^{er} août 2000 ? Le législateur a voulu sans doute consacrer cette jurisprudence, mais il a manqué son but par suite d'une maladresse juridique.

Le projet de loi qu'il a préparé et qui a été voté par le Parlement dans la rédaction proposée disposait que :

- « si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ;

- [ou si, ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu est illicite ou leur cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées.]»

Mais après le vote de ce texte par le Parlement, l'examen de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel a conduit à amputer ce texte de son second tiret (passage ci-dessus entre crochets) relatif à l'intervention d'un tiers estimant lésé.

Le Conseil constitutionnel a en effet estimé que la responsabilité pénale de l'hébergeur ne pouvait être engagée pour ne pas avoir procédé à des « diligences appropriées », ces termes étant trop imprécis pour définir une infraction pénale au regard des principes constitutionnels.

En conséquence de la disjonction du second tiret, la responsabilité civile et pénale de l'hébergeur se trouve limitée au seul cas visé par le premier tiret, celui où il n'a pas promptement obéi à l'injonction d'un juge, ce qui revient à énoncer une évidence.

Si le texte demeure ainsi amputé, les hébergeurs se voient gratifiés d'une quasi-exemption de toute responsabilité quant au contenu du message émis par le site hébergé. Or cette censure par le Conseil constitutionnel était prévisible, la formule « diligences appropriées » pour supprimer un préjudice simplement allégué étant trop vague pour constituer une infraction réprimée pénalement à raison de l'omission de l'adoption de telles mesures.

Mais il est vrai qu'on ne peut écarter *a priori* une interprétation du texte amputé, qui concerne la responsabilité civile et pénale, qui soit conciliable avec le maintien de la jurisprudence évoquée ci-dessus et qui permettrait de rechercher la seule responsabilité civile de l'hébergeur sur le terrain de droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil. En effet, l'inconstitutionnalité du second tiret voté par le Parlement n'affecte que la responsabilité pénale qu'il instituait. En d'autres termes, le principe qu'une loi spéciale (loi du 1^{er} août 2000) déroge à une loi générale (le Code civil) ne s'appliquerait pas à la recherche de la seule responsabilité civile de l'hébergeur.

Cependant cette interprétation, qui permettrait un cumul des responsabilités en vertu d'un texte spécial avec celles découlant du droit commun, ne sera pas nécessairement acceptée par la jurisprudence des tribunaux français pour des actes commis après l'intervention de la loi du 1^{er} août 2000.

La loi slovaque sur le droit d'auteur

Ján Švidron*

Sommaire

Généralités	53
Cadre constitutionnel	53
Droits de la personne: droits généraux et droits particuliers des créateurs	53
Droit d'auteur et droits voisins dans le cadre de la loi sur la propriété intellectuelle	54
La législation slovaque sur le droit d'auteur	56
Cadre international de la loi slovaque sur le droit d'auteur	56
La loi sur le droit d'auteur de 1997-2000 et la loi de 1997 sur la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins	57
Domaines couverts par la protection du droit d'auteur	58
Les différentes catégories d'œuvres protégées	58
Domaines exclus de la protection	59
Catégories spéciales d'œuvres	59
Conditions de la protection	60
Titularité du droit d'auteur	61
Portée des droits exclusifs	62
Droits moraux	62
Droits d'exploitation	62
Limitation et exemption de la protection du droit d'auteur	63

* Ján Švidron, professeur de droit aux Universités de Trnava et de Matej Bel, Slovaquie.

Durée de la protection du droit d'auteur	65
Les droits voisins	66
Droits des artistes-interprètes ou exécutants	66
Droits des producteurs de phonogrammes	67
Droits des producteurs de fixations audiovisuelles	67
Droits des organismes de radiodiffusion et de télévision	68

Généralités

Cadre constitutionnel

La République slovaque, l'un des États ayant succédé à l'ancienne République fédérative tchèque et slovaque, est devenue indépendante et souveraine le 1^{er} janvier 1993. Le cadre constitutionnel de la réglementation juridique du droit de la propriété intellectuelle en Slovaquie est contenu principalement au chapitre II de la Constitution (articles 11 à 54) qui énonce les libertés et droits fondamentaux. L'article 20 définit les principes généraux du droit de propriété, y compris la propriété intellectuelle ; l'article 26 garantit la liberté d'expression et le droit à l'information ; particulièrement important pour la protection de la propriété intellectuelle, l'article 43 garantit la liberté de la recherche scientifique et des arts et stipule que « les droits sur les résultats de l'activité intellectuelle créatrice sont protégés par la loi¹ ». Les articles 46 à 50 qui garantissent, d'une manière générale, le droit de se défendre en justice ou par d'autres moyens juridiques méritent aussi une mention spéciale.

De plus, en application de l'article 7a de la Constitution (dans sa rédaction de 2001), les conventions internationales sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales ratifiées par la République slovaque et promulguées selon les inscriptions légales ont le pas sur les lois nationales.

Droits de la personne: droits généraux et droits particuliers des créateurs

Les lois concernant la propriété intellectuelle sont traditionnellement considérées comme *leges specialis* par rapport au Code civil qui constitue la réglementation la plus générale (*lex generalis*) du droit privé². Le Code commercial³ est également considéré comme *lex specialis* par rapport au Code civil. C'est pourquoi toute étude de la législation slovaque sur le droit d'auteur doit tenir compte de l'évolution du droit civil (ou droit privé général). La base de la protection des droits des créateurs est l'article 17 du texte original du Code civil (1964). Cette disposition figure à la

rubrique «Protection de la personne» et est importante parce qu'elle se réfère à la réglementation juridique des relations découlant de l'activité créatrice et de la diffusion des œuvres de la littérature, de la science et de l'art dans la société. L'article 17 de 1964 dispose en termes généraux que les produits de l'activité créatrice représentent «une forme spécifique d'expression personnelle». La législation slovaque a traditionnellement considéré les relations nées du travail créateur comme des relations personnelles de nature spécifique; toutefois ces relations ne sont pas de nature purement personnelle (créatrice), car elles comportent des aspects patrimoniaux (et *vice versa*)⁴.

La disposition de l'article 17 de 1964 a été supprimée lors de la refonte de 1991, nécessitée par les changements sociaux et politiques de 1989. Toutefois, le Code civil de 1964-1991 contient aussi une disposition (article 1 (3)), selon laquelle la réglementation juridique des relations issues du travail de création intellectuelle fait l'objet de lois particulières. Bien que cette disposition ne figure plus à la rubrique «Protection de la personne», la théorie slovaque du droit de la propriété intellectuelle continue d'insister sur la double nature, patrimoniale et morale, de ces droits reconnus seulement aux personnes physiques effectuant un travail de création. Ainsi, le droit civil slovaque reconnaît en matière de droit de la personne à la fois des droits généraux (protection générale de la personne) et des droits spécifiques des créateurs (droit moral), définis dans des lois spéciales. En sus de la loi sur le droit d'auteur (qui traite aussi des artistes-interprètes ou exécutants), les lois particulières régissant les droits moraux des créateurs sont: la loi sur les inventions, la loi sur les dessins industriels et la proposition de rationalisation, la loi sur les modèles d'utilité, la loi sur la protection des nouvelles variétés végétales et animales et la loi sur la protection des topographies de semi-conducteurs (tous ces textes étant rassemblés sous le nom de loi sur la création)⁵.

Droit d'auteur et droits voisins dans le cadre de la loi sur la propriété intellectuelle

La loi de l'ancienne Tchécoslovaquie, comme les lois actuelles des Républiques slovaque et tchèque, suivait le régime juridique en vigueur sur le continent européen (parfois désigné sous le nom de régime de droit civil), malgré la période socialiste des années 1948 à 1989. Fondée sur la doctrine française inspirée des lois édictées après la Révolution française (1791), le régime juridique européen distingue deux grandes formes de propriété intellectuelle: la propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) et la propriété industrielle (inventions brevetées, modèles d'utilité, dessins industriels, etc.). L'évolution récente montre que cette division, bien que reconnue par les traités internationaux les plus respectés de protection de la propriété intellectuelle (tels que les Conventions de Berne et de Paris), pourrait devenir caduque du point de vue de la théorie juridique moderne. Au lieu de la

notion de propriété littéraire et artistique, on tend à utiliser celle de droit de la propriété intellectuelle en privilégiant les aspects culturels et, au lieu du concept de propriété industrielle, la théorie juridique moderne parle de droit de la propriété intellectuelle en mettant l'accent sur les aspects économiques. Dans le cadre général de la législation sur la propriété intellectuelle, tant la doctrine juridique que la législation slovaques reconnaissent deux principaux groupes de droits exclusifs. Le premier comprend des droits personnels et patrimoniaux sur les objets nés du travail de création intellectuelle (droit d'auteur, droits des artistes-interprètes ou exécutants, droits sur les inventions, les dessins industriels, etc.). Le second groupe englobe les droits exclusifs sur d'autres objets couverts par la propriété intellectuelle mais qui sont le produit non d'un travail de création, mais d'un investissement financier important ou qui présentent une autre valeur économique (droits des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, droits sur les marques).

Toutefois, il est impossible de définir une proportion précise entre les aspects personnels (créateurs) et les aspects économiques (patrimoniaux) des droits sur les résultats du travail de création intellectuelle. Les aspects personnels (moraux) de la protection juridique jouent un rôle plus significatif pour les droits relatifs aux productions littéraires et artistiques. Dans le domaine du droit d'auteur et des droits des artistes-interprètes ou exécutants, une œuvre intellectuelle et une exécution ou une interprétation sont les résultats d'un travail de création intellectuelle indissociable de la personne du créateur et nul autre ne peut prétendre qu'un résultat identique a été obtenu par lui ou elle. Si, par exemple, Cervantès n'avait pas écrit son *Don Quichotte*, si Goya n'avait pas peint son *Saturne* et si Beethoven n'avait pas composé sa *Neuvième Symphonie*, personne d'autre n'aurait créé ces œuvres uniques et elles ne seraient pas devenues partie intégrante de la culture mondiale. Si l'on excepte les *Werke der «kleinen Münze»*⁶ (œuvres nées d'un «travail de création» minimal), où deux résultats très similaires ou davantage peuvent être produits par différentes personnes (ce qui, de nos jours, se produit parfois, par exemple, dans le domaine de la musique pop), une «œuvre d'auteur» identique représenterait certainement un cas de plagiat⁷. Ceci constitue la différence la plus significative avec les résultats du travail de création technique, où il n'est pas exclu que les mêmes résultats (ou solution technique) puissent être atteints séparément par différentes personnes (c'est pourquoi le droit de priorité est important dans le domaine de la propriété industrielle, mais est inconnu dans le domaine du droit d'auteur et des droits des artistes-interprètes ou exécutants).

Dans la jurisprudence slovaque, la classification des droits de propriété intellectuelle se fonde essentiellement sur les critères suivants : la nature de l'objet (matériel ou immatériel), la nature des droits exclusifs (aspects personnels et patrimoniaux ou aspects patrimoniaux seulement) et l'activité créatrice (sa présence ou son absence). Selon ces critères, le droit d'auteur et les droits des interprètes et exécutants ont à la fois des aspects personnels (droits du créateur) et patrimoniaux, et les objets auxquels ils s'appliquent sont les objets immatériels mentionnés parmi les résultats du

travail de création (une œuvre ou une exécution ou une interprétation d'œuvre). Au contraire, les droits voisins (droits des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion) ne sont pas, au sens strict «voisins» du droit d'auteur, étant donné que leur objet (les phonogrammes, les émissions de radiodiffusion ou de télévision) ne revêt pas l'aspect d'un «travail de création personnelle» mais seulement des aspects patrimoniaux. Ils ne sont donc pas considérés comme des «produits du travail de création», bien qu'ils soient en relation avec ceux-ci (il vaudrait mieux parler de droits connexes que de droits voisins). L'auteur d'une œuvre de l'esprit et l'interprète ou exécutant sont toujours des personnes physiques. Une personne morale est une notion créée par la loi et une telle entité ne peut être un auteur ou un créateur en chair et en os; toutefois, elle peut être titulaire de droits qui lui auraient été cédés en tant qu'employeur (éditeur, producteur de cinéma, etc.). Au sein d'une personne morale, seules les personnes physiques peuvent effectuer des activités créatrices (soit individuellement soit collectivement, par exemple, en tant que coauteurs). À la différence des auteurs et de leurs «voisins», les artistes-interprètes ou exécutants⁸, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion sont des personnes morales et l'objet de leurs droits exclusifs est le support matériel contenant le produit du travail de création personnelle. Compte tenu des différences esquissées plus haut, la terminologie juridique slovaque la plus récente désigne les droits des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion comme des droits associés ou connexes du droit d'auteur. Les droits voisins, au sens traditionnel du terme, sont seulement les droits des artistes interprètes ou exécutants.

La législation slovaque sur le droit d'auteur

Cadre international de la loi slovaque sur le droit d'auteur

Le Traité de paix de Saint-Germain-en-Laye (1919), conséquence de la Première Guerre mondiale, a eu une influence déterminante sur la protection juridique du droit d'auteur à l'époque moderne en Slovaquie. La Tchécoslovaquie, un des États issus de l'Empire austro-hongrois, avait alors adhéré à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Après 1921, la Tchécoslovaquie a appliqué les normes établies par l'Acte de Berlin de cette Convention (1908), puis celles de l'Acte de Rome de 1928 et, depuis 1974, elle applique l'Acte de Paris (la Tchécoslovaquie n'a pas accepté l'Acte de Bruxelles de 1948). Depuis 1960, la Tchécoslovaquie a adhéré au texte de 1952 de la Convention universelle sur le droit d'auteur et en 1980 à l'Acte de Paris (1971) de cette convention. La jurisprudence slovaque suit, par ailleurs, de très près les récentes activités de l'UNESCO en faveur de la protection juridique des créateurs intellectuels⁹ et en tient compte. En 1964, la Tchécoslovaquie est devenue partie à la Convention internationale sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des

organismes de radiodiffusion (Convention de Rome). Il y a lieu de rappeler que la Tchécoslovaquie fut le premier État au monde à assurer la protection des droits voisins, dès 1953, dans sa loi sur le droit d'auteur¹⁰. En 1985, elle a adhéré à la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (Convention sur les phonogrammes de 1971). En 1992, la Tchécoslovaquie a également adhéré au Traité sur l'enregistrement international des œuvres audiovisuelles. Au 1^{er} janvier 1993, la République slovaque a hérité de toutes les obligations internationales découlant des conventions qui liaient l'ancienne Tchécoslovaquie. En vertu de l'article 2 (4) de la loi sur le droit d'auteur, les dispositions des accords internationaux auxquels la République slovaque est partie ne sont pas affectées par cette loi. En 1994, la République slovaque a été parmi les États qui ont signé l'Accord sur l'établissement de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et s'est trouvée ultérieurement liée par l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (TRIPS)¹¹. La nouvelle histoire de la protection du droit d'auteur et des droits voisins sur le territoire slovaque est liée à la signature par la République slovaque du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) de 1996.

La loi sur le droit d'auteur de 1997-2000 et la loi de 1997 sur la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins

La source fondamentale du droit d'auteur et des droits voisins en République slovaque est la loi sur le droit d'auteur de 1997¹². La loi sur l'audiovisuel de 1997 qui régit les activités en relation avec la production, l'utilisation et la diffusion des œuvres audiovisuelles est étroitement liée à celle sur le droit d'auteur. Le 1^{er} août 2000 est entrée en vigueur la loi n° 234/2000 révisant et amendant la loi sur le droit d'auteur de 1997. Cette loi a tenté de définir avec davantage de précision la terminologie juridique ainsi que le contenu économique du droit d'auteur et des droits voisins pour les mettre en conformité avec le WCT et le WPPT. La révision et les amendements concernaient aussi l'étendue des limitations du droit d'auteur. La loi stipule que, dans les cas de reproduction d'œuvres pour un usage personnel, une rémunération doit être versée aux organismes de gestion collective des droits correspondants. La loi comprend une nouvelle section intitulée « Droits spéciaux relatifs aux bases de données », qui donne suite, dans la législation slovaque du droit d'auteur, à la directive européenne n° 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données.

La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins est régie par la loi n° 283/1997 sur la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins. Cette loi qui est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1998, concerne : les conditions d'habilita-

tion et le statut juridique des personnes morales chargées de la gestion collective des droits mentionnés dans la loi sur le droit d'auteur; les droits et obligations des personnes morales assurant la gestion collective; les droits et obligations des utilisateurs des objets protégés. La loi gouverne aussi les relations qui découlent des activités des organismes de gestion collective.

Domaines couverts par la protection du droit d'auteur

Les différentes catégories d'œuvres protégées

La loi sur le droit d'auteur ne contient pas de définition générale de la notion d'œuvre. Toutefois l'article 6 (1) de la loi stipule qu'une œuvre doit être le produit du travail personnel de création intellectuelle d'un auteur et être de nature littéraire, scientifique ou artistique. L'article 15 (1) précise que l'œuvre doit être exprimée dans une forme perceptible par les sens. Il stipule aussi que la forme d'expression, le contenu, les qualités et le but de l'œuvre n'ont pas d'importance: elle peut être orale, écrite, dessinée, fixée ou non sur un support matériel. La doctrine du droit d'auteur définit l'œuvre comme le résultat unique du travail de création littéraire, scientifique ou artistique d'un auteur, exprimé sous une forme permettant sa perception répétée par les sens. La substance intime du travail de création s'incarne dans la forme littéraire, scientifique ou artistique qui est protégée.

Selon l'article 6 (1) de la loi, le domaine couvert par le droit d'auteur englobe, notamment, les catégories suivantes d'œuvres issues de la création propre de l'auteur: œuvres littéraires et programmes d'ordinateur; œuvres divulguées oralement, déclamées ou exécutées de toute autre façon, en particulier les discours ou les conférences; œuvres théâtrales, notamment les œuvres dramatiques et musicales, pantomimes, œuvres chorégraphiques et toute œuvre créée pour être exécutée en public; œuvres musicales avec ou sans paroles; œuvres audiovisuelles, en particulier les films cinématographiques; peintures, dessins, esquisses, illustrations, sculptures et autres œuvres des arts plastiques; œuvres photographiques; ouvrages d'architecture, y compris les bâtiments et les réalisations d'aménagement urbain, les architectures paysagères ou d'intérieur et les plans de bâtiments; œuvres des arts appliqués; travaux de cartographie sous forme analogique ou autre.

Cependant, toutes les catégories d'œuvres énumérées à l'article 6 (1) ne sont pas définies par la loi. Pour les catégories d'œuvres qui ne sont ni définies dans la loi ni commentées dans le rapport parlementaire, les tribunaux doivent prendre en considération les normes applicables dans la sphère correspondante d'activité créatrice (littérature, théâtre, musique, arts plastiques, cartographie, etc.), les commentaires sur les conventions internationales pertinentes, et aussi s'inspirer des ressources juridiques et des compétences légales dans le domaine concerné (si elles existent).

Domaines exclus de la protection

La loi sur le droit d'auteur prévoit expressément que certains domaines sont exclus de la protection. En vertu de l'article 6 (3) (a) de la loi, la protection ne couvre aucune idée, procédure, système, méthode, concept, principe, découverte ou information, qui a été exprimé, décrit, expliqué, illustré ou incarné dans une œuvre ; l'article 6 (3) (b) exclut de la protection les textes législatifs, les décisions de nature administrative ou juridique, les documents publics ou officiels, les bulletins d'informations quotidiennes, les discours prononcés à l'occasion d'événements publics et leur traduction. Toutefois, la publication d'un recueil de discours de ce genre nécessite le consentement de la personne qui les a prononcés. Ces dispositions posent un problème d'applicabilité : nombre de termes employés ne sont pas clairement définis dans les textes législatifs et la jurisprudence dans le domaine du droit d'auteur est insuffisamment développée en République slovaque.

Catégories spéciales d'œuvres

Programmes d'ordinateur

Un programme d'ordinateur est défini à l'article 5 (17) de la loi comme un ensemble d'ordres et d'instructions utilisés directement ou indirectement dans un ordinateur. Ces ordres et instructions peuvent être écrits ou exprimés en code source ou en code machine. Inséparables du programme d'ordinateur, les matériaux préparatoires nécessaires à sa production peuvent être protégés comme des œuvres littéraires s'ils sont conformes aux dispositions générales des articles 6 (1) et 15 (1) de la loi. Selon le rapport parlementaire, la loi sur le droit d'auteur prévoit les mêmes critères pour la protection juridique des programmes d'ordinateur que pour les œuvres littéraires.

Il convient de mentionner que les programmes d'ordinateur sont protégés par la législation du droit d'auteur en République slovaque depuis 1990, ce qui est conforme à la tendance internationale. Néanmoins, il n'y a pas si longtemps, de sérieux doutes étaient exprimés sur l'opportunité d'appliquer la conception traditionnelle de la protection du droit d'auteur à celle de créations aussi spécifiques que les programmes informatiques¹³. Comme indiqué plus haut, la loi slovaque suit la tendance internationale, en particulier la directive n° 91/250/CEE du 14 mai 1991 du Conseil de l'Union européenne concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Toutefois, certaines considérations nouvelles font penser que la protection des programmes d'ordinateur par la législation sur les brevets serait une meilleure solution¹⁴. La principale objection serait que les programmes d'ordinateur ne représentent pas une solution « technique », parce que, par nature, ils constituent des solutions mathématiques et logiques. Si certains spécialistes actuels considèrent la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur comme un « cheval de Troie » (expression employée pour la première fois par A. Dietz) dans le domaine

du droit d'auteur, elle risquerait de le devenir aussi dans le droit des brevets traditionnels. Bien que des raisons pragmatiques¹⁵, formulées au niveau international¹⁶, aient conduit dans les années 80 et 90 à faire assurer par le droit d'auteur la protection des programmes informatiques dans de nombreux pays, notre opinion est qu'une protection *sui generis* de ces programmes, vers laquelle l'OMPI s'était orientée dans les années 70 et au début des années 80, serait une solution plus adéquate (bien que plus longue). Il est temps de revenir aux études entreprises par l'OMPI en 1971 et au projet de traité pour la protection des logiciels d'ordinateur (1983)¹⁷. Dans le cas contraire, la reconnaissance des programmes d'ordinateurs comme catégorie d'œuvres protégées par le droit d'auteur demande à être pleinement justifiée¹⁸.

Bases de données

Les bases de données sont définies à l'article 5 (19) de la loi. Elles sont protégées indépendamment de leur forme, la seule condition étant qu'elles aient un caractère original du point de vue de la sélection des données ou de la configuration du contenu (article 6 (2)). Le rapport parlementaire accompagnant le texte original de la loi de 1997 sur le droit d'auteur indiquait que ceci était conforme avec les règlements du Conseil des Communautés européennes relatifs aux bases de données qui tenaient compte des derniers développements, du progrès technologique, et des processus de création des bases de données. Toutefois, des modifications importantes ont été apportées en 2000 à la loi de 1997 (articles 52a à 52e), sur la base de la directive européenne n° 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données.

Conditions de la protection

Conditions formelles

La République slovaque étant partie à la Convention de Berne, aucune formalité n'est requise pour assurer la protection du droit d'auteur au titre de la législation nationale. Le droit d'auteur s'applique automatiquement dès la création d'une œuvre intellectuelle; aucun signe ni avertissement n'a besoin d'être placé sur l'œuvre comme condition *sine qua non* de la protection. Comme prévu à l'article 42 de la loi, la personne physique dont le nom est indiqué de manière usuelle, sur l'ouvrage, comme en étant l'auteur est, sauf preuve contraire, présumée être l'auteur de l'œuvre. Cette disposition s'applique aussi en cas d'utilisation d'un pseudonyme qui ne laisse aucun doute sur l'identité réelle de l'auteur. Bien que la mention du nom de l'auteur ne soit pas indispensable à l'exercice du droit d'auteur, elle a un effet important en renversant la charge de la preuve de la paternité (et donc de la propriété générale) de l'œuvre.

Conditions de fond

Les seules conditions pour faire jouer la protection du droit d'auteur en vertu des articles 2, 6 (1) et 15 (1) de la loi sont les suivantes : l'œuvre doit être exprimée sous une forme perceptible ; elle doit appartenir au domaine littéraire, scientifique ou artistique ; elle doit être le résultat du travail créateur propre de l'auteur ; l'auteur doit être un ressortissant de la République slovaque ou avoir son domicile permanent sur son territoire ; l'œuvre est rendue publique pour la première fois en République slovaque, indépendamment de la nationalité ou du domicile permanent de son auteur ; il s'agit d'une œuvre à laquelle la protection est accordée en République slovaque en vertu d'un accord ou d'une convention internationale à laquelle la République slovaque est partie.

Titularité du droit d'auteur

L'auteur (titulaire initial)

La loi sur le droit d'auteur ne définit pas la notion d'auteur. La lecture de l'article 6 (1) de la loi fait clairement apparaître que l'auteur est le créateur d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique donnée et qu'il est une personne physique. Une personne morale ne peut pas effectuer le travail de création (voir plus haut) et ne peut donc être reconnue comme l'« auteur » au sens de la loi slovaque sur le droit d'auteur. Toutefois, la propriété des droits patrimoniaux compris dans le droit d'auteur peut être obtenue par une entité juridique en vertu d'une cession par contrat (principalement, un contrat de travail) ou, dans certains cas réglementairement définis *ex lege* (notamment, articles 9 et 17/3 de la loi, concernant les œuvres collectives).

Œuvres créées en vertu d'un contrat de travail

La loi slovaque sur le droit d'auteur ne fait qu'esquisser le régime des œuvres créées par un employé dans le cadre d'un contrat de travail. En vertu de l'article 17 (5) de la loi, dans le cas d'œuvres créées par des employés dans l'exercice de leurs fonctions et conformément à des instructions de leur employeur, le titulaire initial des droits d'exploitation, sauf clause contraire du contrat, est l'auteur ; toutefois, la loi stipule aussi que le droit d'utiliser l'œuvre est censé être cédé à l'employeur dans la mesure nécessaire à ses activités habituelles. Une règle différente n'a été établie que pour les programmes d'ordinateurs. L'article 17 (6) de la loi prévoit que, dans le cas d'un programme informatique créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions, le titulaire initial des droits d'exploitation est l'employeur, sauf clause contraire du contrat.

Portée des droits exclusifs

Droits moraux

La loi slovaque est étroitement alignée sur les systèmes juridiques du continent européen. Par conséquent, la notion de droits moraux existe depuis longtemps dans la loi slovaque sur le droit d'auteur¹⁹. À l'heure actuelle, l'article 16 (4) de la loi prévoit que les droits moraux sont «incessibles et illimités dans le temps» (à la différence des droits patrimoniaux dont la durée a une limite prescrite). Le concept de «droit moral éternel» s'inspire de la loi française, tandis que la législation allemande prévoit la même durée pour les droits moraux que pour les droits patrimoniaux (soixante-dix ans à compter du décès de l'auteur).

En ce qui concerne les droits moraux, les alinéas (a) à (c) de l'article 16 (1) de la loi traitent du droit de paternité et l'alinéa (d) du droit à l'intégrité. En vertu de ces dispositions, l'auteur a le droit de signer son œuvre de son nom ou d'un pseudonyme ou de ne pas la signer du tout; son nom ou pseudonyme doit être indiqué sur tous les exemplaires de l'œuvre d'une manière appropriée qui dépend du type d'utilisation. En vertu de l'article 16 (1) (e), l'auteur a le droit de décider de rendre publique son œuvre. La notion de «rendre public» est définie à l'article 13 (1) de la loi: une œuvre est rendue publique si elle est pour la première fois légalement exécutée ou représentée en public, publiée ou communiquée d'une autre manière au public. Le quatrième droit moral traditionnel est le droit de l'auteur de retirer une œuvre de la circulation après sa publication; il est reconnu dans la loi française sur le droit d'auteur, mais non dans la loi slovaque.

Droits d'exploitation

En ce qui concerne les droits d'exploitation, une mention très générale concernant le contenu des droits patrimoniaux se trouve dans la première phrase de l'article 16 (2) de la loi: «L'auteur de l'œuvre doit avoir le droit exclusif d'autoriser toute utilisation de l'œuvre.»

En vertu de l'article 16 (2) (a) à (j) de la loi, le droit de l'auteur d'autoriser toute utilisation de son œuvre porte notamment sur: la reproduction de l'œuvre, sa traduction, son adaptation, son arrangement ou toute autre transformation; la diffusion publique de l'œuvre ou de ses exemplaires par voie de vente, location ou prêt; la présentation publique de l'œuvre ou de ses exemplaires, l'exécution ou l'interprétation publiques, la radiodiffusion, la retransmission câblée ou tout autre mode de communication de l'œuvre au public. L'article 31 de la loi reconnaît aussi le droit de suite (droit de revente) pour les artistes spécialisés dans les arts plastiques. Le contenu de ces droits correspond au contenu moderne des droits patrimoniaux

définis dans les instruments internationaux sur le droit d'auteur et qui se retrouve dans les législations nationales actuelles d'autres pays.

Limitation et exemption de la protection du droit d'auteur

En vertu de l'article 16 (5) de la loi, l'auteur a droit à une rémunération pour tout usage de son œuvre; toutefois, certaines actions, généralement assujetties au consentement du titulaire du droit d'auteur, peuvent dans certains cas être effectuées sans cette autorisation. Il y a deux régimes différents. Dans certains cas, ni l'autorisation du titulaire du droit ni le paiement d'une rémunération ne sont requis; dans d'autres cas, bien que l'autorisation ne soit pas requise, une rémunération doit cependant être versée.

Ces limitations de la protection du droit d'auteur sont mentionnées aux articles 21 à 28 de la loi. La libre utilisation concerne la reproduction d'une œuvre pour un usage personnel, les citations d'une œuvre, la reproduction d'une œuvre à des fins d'enseignement, la reproduction reprographique pour les bibliothèques ou les archives, l'utilisation des œuvres dans un but d'information, certains cas de présentation publique directe de l'œuvre originale ou de ses exemplaires. Des dispositions particulières visent la reproduction et l'adaptation des programmes d'ordinateurs et leur décompilation.

En vertu de l'article 21 (3) de la loi, les auteurs et autres titulaires de droits ont droit au paiement d'une rémunération pour la reproduction des œuvres enregistrées sur un phonogramme ou sur un support (fixation) audiovisuel et l'article 21 (4) stipule que les auteurs d'œuvres qui peuvent, de par leur nature, être reproduites par voie d'impression ou de copie ou par transfert sur un autre support à l'aide de la reprographie ou d'autres dispositifs techniques ont droit à une rémunération compensatoire à la charge, selon le cas, du producteur ou de l'importateur de ces dispositifs. Le nouveau libellé de l'article 21 (5) stipule que la rémunération compensatoire sera versée à l'auteur ou autre titulaire de droits par un organisme de gestion collective des droits. Conformément à cette disposition, le fabricant ou l'importateur des supports vierges généralement utilisés pour la reproduction d'œuvres à usage personnel au sens de l'article 21 (3), doit payer 6 % du prix de vente de ces supports; le fabricant ou l'importateur de dispositifs facilitant la reproduction de phonogrammes ou de fixations audiovisuelles doit payer 3 % du prix de vente de ces dispositifs; le fabricant ou l'importateur de dispositifs reprographiques ou autres moyens techniques facilitant la reproduction des œuvres doit payer 3 % du prix de vente; la personne morale ou physique fournissant des services reprographiques dans un but lucratif doit payer 3 % des recettes totales procurées par ces services.

À notre avis, toutefois, des questions très sérieuses se posent à propos de la transparence de la gestion collective des droits, et plus particulièrement en ce qui concerne les transferts nationaux et internationaux des sommes collectées par les

organismes de gestion collective et leur répartition équitable au bénéfice des titulaires de droits. En République slovaque, il n'existe aucun système efficace de contrôle public du processus de répartition, alors que l'importance des sommes payées par les fabricants, les importateurs et autres entités aux organismes de gestion collective en fait une question d'intérêt général. Il est évident que le pourcentage susmentionné du prix de vente est en fait à la charge du consommateur, le fabricant, l'importateur ou le prestataire de services calculant leur prix en conséquence.

Nous touchons ici à un problème juridique et économique fondamental. En vertu de l'article 3 (1) de la loi, un « organisme de gestion collective est la représentation des titulaires de droits dans l'exercice de leurs droits patrimoniaux reconnus par la loi sur le droit d'auteur ». Il s'agit clairement de relations régies par le droit privé. Toutefois la rémunération est payée par l'ensemble de la population. C'est pourquoi le revenu des organismes de gestion collective des droits et le processus de répartition sont une affaire qui dépasse l'intérêt privé des titulaires de droits d'auteurs et de droits voisins, pour s'étendre à toute la collectivité et mériter l'intérêt du droit public. Il convient de noter que c'est l'État qui est tenu, en application des conventions internationales, d'assurer sur son territoire une protection efficace et suffisante du droit d'auteur et des droits voisins de tous les titulaires de droits dûment identifiés.

En outre, le nouveau libellé de l'article 21 (8) de la loi de 1997-2000 demande aux entrepreneurs (fabricants et importateurs) mentionnés à l'article 21 (5) de fournir à « un organisme compétent de gestion collective » des informations sur le type et le nombre des importations de supports vierges, de dispositifs facilitant la reproduction de phonogrammes ou de fixations audiovisuelles et de dispositifs reprographiques, ainsi que sur leurs prix de vente. Il se pose cependant nombre de questions intéressantes. En sus du manque de transparence des flux financiers mentionné plus haut et de l'absence de contrôle public réel sur les organismes de gestion collective, la question de la protection du secret professionnel, au sens des articles 17 et suivants du Code commercial, des personnes, fabricants et importateurs mentionnés à l'article 21 (5) est tout à fait pertinente²⁰. Aux termes de la loi slovaque, les organismes de gestion collective sont « des associations de citoyens de nature non commerciale » (c'est-à-dire des personnes morales de droit privé) et les personnes mentionnées à l'article 21 (5) de la loi sont les entrepreneurs (qui sont aussi essentiellement des personnes morales de droit privé). Le droit privé se caractérise par le traitement égalitaire de toutes les parties — personnes physiques et entités morales — et il exclut toute position avantageuse de l'une des parties, alors qu'un « organisme compétent de gestion collective » est précisément dans une telle position²¹.

En vertu de l'article 4 de la loi sur la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins, la gestion collective ne peut être assurée que par une personne morale « établie à des fins non commerciales conformément à la législation correspondante » (loi n° 83/1990 sur l'Association des citoyens) et à qui une « habilitation »

(comme en France ou en Allemagne) a été accordée par le Ministère de la culture. En Europe, il existe différentes formes de contrôle étatique sur les activités non commerciales des organismes de gestion collective et les législateurs nationaux veillent à la défense des intérêts publics²². En République slovaque, aucun système efficace de contrôle n'a encore été établi par la loi. Ceci peut s'expliquer par le fait que le projet de la nouvelle loi sur le droit d'auteur avait son origine dans le milieu des organismes de gestion collective.

L'intérêt public ne peut se satisfaire de la disposition très générale de la loi selon laquelle les organismes de gestion collective doivent garantir le respect du droit, de l'équité et de la transparence publique lors de la répartition et du transfert des montants collectés (sur le plan tant national qu'international), comme prévu à l'article 7 (4) à (7) de la loi sur la gestion collective des droits.

Ces remarques critiques ne visent nullement à remettre en question les intérêts légitimes des titulaires des différentes catégories de droits patrimoniaux exclusifs reconnus par la loi slovaque sur le droit d'auteur et les conventions internationales. Il serait toutefois nécessaire de se mettre à la recherche de moyens efficaces de contrôle public sur les activités des organismes collecteurs qui tiennent compte des intérêts des consommateurs et des entités concernées pour ce qui est des aspects moraux et patrimoniaux de l'exploitation des résultats du travail créateur. Il faudrait aussi donner des définitions exactes des domaines protégés et rédiger de façon plus précise les clauses relatives à l'étendue et à la portée des droits exclusifs. Ceci explique nos observations critiques formulées plus loin à la rubrique des droits voisins, concernant une nouvelle catégorie d'œuvres, les «fixations audiovisuelles».

Durée de la protection du droit d'auteur

Comme indiqué plus haut, conformément à la tradition juridique française, la protection des droits moraux par la loi slovaque sur le droit d'auteur a une durée illimitée (article 16 (4)). Malheureusement, la loi ne définit pas clairement les personnes autorisées à ester en justice en cas d'atteinte aux droits moraux après le décès d'un auteur; de ce point de vue, la loi slovaque sur le droit d'auteur, à l'instar des lois de bien d'autres pays protégeant les droits moraux, semble être *lex imperfecta*.

En ce qui concerne les droits économiques, la durée générale de protection stipulée par la loi sur le droit d'auteur de 1965 s'étendait à toute la vie de l'auteur et aux cinquante années suivant son décès. Mais en vertu de l'article 18 de la loi sur le droit d'auteur de 1997 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998), qui suivait la directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993 du Conseil européen sur l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, le délai général de protection du droit d'auteur s'étend désormais à la vie de l'auteur et aux soixante-dix ans suivant son décès.

Les droits voisins

Droits des artistes-interprètes ou exécutants

La notion d'artiste-interprète ou exécutant est définie à l'article 5 (11) de la loi sur le droit d'auteur: un artiste interprète ou exécutant est un chanteur, un musicien, un acteur, un danseur ou une autre personne qui chante, représente, interprète, récite ou exécute d'une autre façon des œuvres littéraires ou artistiques ou des œuvres du folklore. Selon l'article 45, c'est la représentation ou l'exécution de l'œuvre qui est le fait générateur des droits. La protection est accordée aux interprètes ou exécutants ressortissants de la République slovaque, ainsi qu'aux non-ressortissants dont les représentations ou les exécutions ont lieu sur le territoire de la République, sont incorporées dans des phonogrammes protégés par la loi sur le droit d'auteur ou sont communiquées sous forme d'émissions radiodiffusées ou de programmes originaux transmis par fil et répondant aux conditions de protection de l'article 3 (1).

Quant à l'étendue des droits exclusifs, il est dit à l'article 46 (1), que les dispositions des articles 16 (1) et (5) concernant les droits moraux des auteurs s'appliquent *mutatis mutandis* aux artistes-interprètes ou exécutants.

En ce qui concerne les droits d'exploitation, l'article 46 (2) de la loi accorde aux artistes-interprètes ou exécutants le droit exclusif d'autoriser une quelconque des actions suivantes: radiodiffusion ou transmission au public par un autre moyen de l'interprétation ou de l'exécution d'une œuvre artistique — sauf dans le cas d'une représentation ou d'une exécution déjà diffusée; radiodiffusion d'une interprétation ou d'une exécution artistique fixée sur un support; communication au public d'une interprétation ou d'une exécution artistique déjà radiodiffusée ou d'une interprétation ou d'une exécution artistique fixée sur un support; fixation d'une interprétation ou d'une exécution encore non fixée; reproduction de la fixation d'une interprétation ou d'une exécution; mise en circulation publique de la fixation d'une interprétation ou d'une exécution ou d'exemplaires de celle-ci par la vente, la location, le prêt ou une autre forme de transfert de droits; mise à la disposition du public d'une interprétation ou d'une exécution artistique fixée sur un support. En vertu de l'article 46 (3), l'artiste-interprète ou exécutant a droit à une rémunération équitable pour toute utilisation de son interprétation ou de son exécution.

Selon l'article 46 (1) de la loi, qui prévoit l'application *mutatis mutandis* des dispositions de l'article 16 (1), les droits moraux des artistes-interprètes ou exécutants sont incessibles et de durée illimitée. En ce qui concerne les droits d'exploitation, la durée générale de la protection est de cinquante ans, calculés (avec quelques exceptions définies par la loi) à compter de la représentation ou de l'exécution de l'œuvre.

Droits des producteurs de phonogrammes

Un phonogramme est défini à l'article 5 (16) de la loi sur le droit d'auteur — la définition est répétée à l'article 47 (1) — comme étant une fixation exclusivement sonore des sons, indépendamment de la méthode ou du support choisi pour leur fixation. Le producteur d'un phonogramme est défini à l'article 5 (15) comme la « personne physique ou morale qui a entrepris ou facilité de toute autre manière la réalisation finale de la fixation ».

Au titre de l'article 47, le producteur d'un phonogramme bénéficie du droit exclusif d'autoriser l'une quelconque des actions suivantes : reproduction du phonogramme, mise en circulation publique du phonogramme ou d'exemplaires de celui-ci par la vente, le prêt, la location ou une autre forme de transfert de droits ; diffusion de phonogrammes ou d'exemplaires de ceux-ci par la radio ou la télévision ; communication du phonogramme ou exemplaires de celui-ci au public au moyen d'un dispositif technique ; mise du phonogramme à la disposition du public. Le producteur a aussi droit à une rémunération équitable pour toute utilisation du phonogramme ou d'exemplaires de celui-ci.

Les droits des producteurs de phonogrammes ont une durée de cinquante ans, généralement calculée (avec quelques exceptions définies par la loi) à compter du jour de leur production.

Droits des producteurs de fixations audiovisuelles

Dans la législation slovaque sur le droit d'auteur et les droits voisins, la notion de fixation audiovisuelle est nouvelle et pose beaucoup de problèmes. Du point de vue de la jurisprudence slovaque, le législateur a, selon nous, commis une sérieuse erreur en assimilant la protection des droits correspondants à celle des droits voisins. Les conventions internationales concernant ces droits, en particulier la Convention de Rome et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), ne prévoient pas la protection des fixations audiovisuelles. Les directives européennes, quant à elles, parlent seulement de l'œuvre audiovisuelle (protégée par la Convention de Berne, c'est-à-dire au titre du droit d'auteur) et de la « première fixation d'un film » comme faits générateurs des droits exclusifs du producteur (voir en particulier l'article 2, par. 1 de la directive du Conseil 92/100/CEE sur le droit de location et de prêt et l'article 3, par. 3 de la directive du Conseil 93/98/CEE sur l'harmonisation de la durée de protection).

La notion de fixation audiovisuelle est définie de manière très vague à l'article 5 (17) de la loi sur le droit d'auteur comme « l'enregistrement de sons et d'images qui sont perceptibles par l'oreille et l'œil, indépendamment de la méthode ou du support utilisé pour fixer les sons et les images ». Le « producteur de l'œuvre audiovisuelle ou de toute autre fixation audiovisuelle » est défini à l'article 5 (15) comme « la per-

sonne physique ou morale qui a entrepris ou facilité de toute autre manière la réalisation finale de l'œuvre ou de la fixation». Ces définitions ne sont nullement claires dans leurs conséquences pratiques et économiques. Elles ouvrent la porte à des interprétations ambiguës et divergentes²³, en ce qui concerne notamment la rémunération compensatoire qui, selon l'article 21 (5) de la loi sur le droit d'auteur de 1997/2000, doit être versée à l'«organisme de gestion collective» et distribuée aux «auteurs ou autres titulaires de droits» conformément à la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (voir ci-dessus la rubrique portant sur la limitation et l'exemption de la protection du droit d'auteur).

Aux termes de l'article 49 (1) de la loi sur le droit d'auteur, le producteur d'une fixation audiovisuelle doit avoir le droit exclusif d'autoriser: la reproduction de l'original ou des exemplaires de la fixation audiovisuelle; la mise en circulation publique de la fixation audiovisuelle ou d'exemplaires de celle-ci par la vente, la location, le prêt ou une autre forme de transfert de droits; la diffusion de la fixation audiovisuelle ou d'exemplaires de celle-ci par la radio et la télévision; la communication au public de la fixation audiovisuelle ou d'exemplaires de celle-ci au moyen d'un dispositif technique; la mise de la fixation audiovisuelle à la disposition du public. En vertu de l'article 49 (2), le producteur a droit à une rémunération équitable pour toute utilisation de la fixation audiovisuelle ou d'exemplaires de celle-ci.

La durée de la protection des droits des producteurs d'une fixation audiovisuelle est de cinquante ans à compter du jour de sa production (avec quelques exceptions définies par la loi).

Droits des organismes de radiodiffusion et de télévision

Le terme radiodiffusion est défini à l'article 5 (14) de la loi comme la transmission d'une œuvre ou d'un objet protégé au titre des droits voisins par un organisme de radiodiffusion ou de télévision, par fil ou par un système sans fil, y compris par satellite. L'autre terme utilisé dans ce domaine — retransmission par câble —, est défini à l'article 5 (5) de la loi comme la transmission simultanée, dans son intégralité et sans modification d'une émission déjà diffusée, cette transmission étant effectuée par câble ou par un système à hyperfréquences permettant la réception de l'émission initiale.

Selon l'article 50 (1) (a) à (e) de la loi, un organisme de radiodiffusion ou une personne qui transmet par fil une émission au public a le droit exclusif d'autoriser l'une quelconque des actions suivantes: réémission d'une œuvre radiodiffusée ou émission ou réémission de programme transmis par fil; retransmission par câble d'une émission radiodiffusée ou d'un programme transmis par fil; fixation d'une émission radiodiffusée ou d'un programme transmis par fil; reproduction de la fixation d'une émission radiodiffusée ou d'un programme transmis par fil; mise en circulation publique de la fixation d'une émission radiodiffusée ou d'un programme

transmis au public par fil par la vente, la location, le prêt ou une autre forme de transfert de droits; communication au public d'une émission radiodiffusée ou d'un programme transmis par fil si cette communication est réalisée en un lieu accessible au public moyennant le paiement d'un droit d'entrée. L'organisme de radiodiffusion a droit à une rémunération pour ces autorisations (article 50 (4)).

En vertu de l'article 50 (3), la durée des droits des organismes de radiodiffusion est de cinquante ans calculés à compter de la première diffusion d'un programme ou de sa communication par fil au public.

Notes

1. Švidron, J., « Slovak Republic: law of intellectual property », La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, *International Encyclopaedia of Laws*, 2001.
2. Loi n° 40/1964 avec les amendements ultérieurs.
3. Loi n° 513/1991 avec les amendements ultérieurs.
4. Voir Luby, Š. (dir. publ.), *Osobnomajetkové práva*, Bratislava, SAV, 1968.
5. Voir Švidron, J., *Tvorba a právo* [Création et droit], Bratislava, Veda, 1991; Švidron, J., *Základy práva duševného vlastníctva* [Introduction au droit de la propriété intellectuelle], Bratislava, Jaga 2000.
6. Voir Schraube, K., *Werke der «kleinen Münze» im Urheberrecht*, Archiv für Film-Funk und Theaterrecht (UFITA), 1971, Band 61.
7. Pour l'histoire de la notion de plagiat, voir Lambertini, R., *Plagium*, Milano, Giuffrè Editore, 1980, p. 47.
8. Voir Masouyé, C., *Guide de la Convention de Rome et de la Convention sur les phonogrammes*, Genève, OMPI, 1981.
9. Voir en particulier Lipszyc, D., *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Éditions de l'UNESCO, 1999.
10. Voir Luby, Š., *Prava príbuzné autorskému právu*, Prague, SAV, 1963.
11. Voir Oman, R., « Future of intellectual property after the Uruguay Round of GATT » [traduction slovaque sous le titre « Budúcnos duševného vlastníctva po Uruguajskom kole GATT »], Bratislava, *Právny obzor* [Revue juridique], 1994, n° 6.
12. Loi n° 383/1997; voir Muri, P., *Autorský zákon – nový zákon s výkladom* [Loi sur le droit d'auteur avec commentaires], Ilina, EPP, 1998; Sadloová V., *Das neue slowakische Urhebergesetz — Ein Schritt weiter in Richtung Europäische Union*, GRUR Int 1998, Heft 12.
13. Voir en particulier Dietz, A., *Copyright protection for computer programs: Trojan horse or stimulus for the future copyright system*, Archiv für Film-Funk und Theaterrecht (UFITA), 1989, Band 110.
14. Voir Laco, J., « Patentability of computer-software related inventions », Bratislava, *Duševné vlastníctvo* [Revue de la propriété intellectuelle], n° 3 (juillet-septembre), 1998; Voort van der, F., *Patentability of computer related inventions*, en traduction slovaque: Bratislava, *Duševné vlastníctvo* [Revue de la propriété intellectuelle], n° 2 (avril-juin), 2000.

15. Voir, par exemple, Barbosa, D. B., «Logiciel et droit d'auteur : un mariage de déraison», *Revue du droit d'auteur*, n° 4 (avril), 1988, p. 311.
16. Voir, par exemple, la résolution de l'AIPPI – Q 57 : «L'AIPPI reconnaît que les logiciels informatiques sont protégeables comme des œuvres écrites dans le cadre de la loi sur le droit d'auteur», dans *Annuaire 1989/II Congress – Amsterdam 1989*, p. 303.
17. Voir OMPI, *The first twenty-five years of the world intellectual property organization*, Genève, OMPI, 1992, p. 43.
18. Voir à titre de comparaison la solution législative belge qui fait appel à deux lois séparées. Voir Corbert, J., «La nouvelle loi belge sur le droit d'auteur», *RIDA*, 1995, n° 164, p. 51 *et seq.*; Strouwel, A., «La loi belge sur les programmes d'ordinateurs : vers un droit d'auteur sui generis?», *RIDA*, 1995, p. 173 *et seq.*
19. Voir Luby, Š., *Autorské právo* [Le droit d'auteur], Bratislava, Vydavate stvo SVA, 1962, p. 44-68; voir aussi Dietz, A., *Das Urheberpersönlichkeitsrecht vor dem Hintergrund der Harmonisierungspläne der EG-Kommission* [traduction slovaque dans *Právny obzor*]; Dietz, A. *Bedeutung und Funktion des Urheberpersönlichkeitsrechts im modernen Urheberrecht*; Boytha, G., «Die Entwicklung des Begriffs des Urheberrechts aus der Sicht des Europarechts» dans *Duševné vlastníctvo v procese transformácie právneho systému – Geistiges Eigentum im Prozeß der Transformation der Rechtsordnung*. Actes du Symposium international de Bratislava, 23-25 septembre 1996, publié par Stefan Luby Foundation, Bratislava, *Dies Luby Jurisprudentiae*, 1997, n° 4.
20. Voir Švidron, J., «Postmodernisme, abus de droit et nouvelle Loi slovaque sur le droit d'auteur», Bratislava, *Právny obzor* [Revue juridique], 2000, n° 6; Švidron, J., «Protection contre la compétition déloyale dans le domaine du droit d'auteur», Bratislava, *Duševné vlastníctvo* [Revue de la propriété intellectuelle], 2001, n° 2-3.
21. Voir Švidron, J., *op. cit.*, note 1, note de bas de page 1, par. 107 à 111.
22. Voir Katzenberger, P., *Die Verschiedenen Systeme des Aufsichtsrechts über Verwertungsgesellschaften in Europäischen Staaten* [traduction slovaque dans *Justi ná revue*, 1994, n° 11-12].
23. Voir aussi Boytha, G., *OMPI — Glossaire du droit d'auteur et des droits voisins*, Genève, OMPI, 1981, p. 15 : «Fixation audiovisuelle : l'enregistrement sonore et visuel simultané de scènes de la vie ou de la représentation, de l'exécution ou de la récitation en direct d'une œuvre, sur un support matériel durable approprié permettant de les rendre perceptibles. La fixation audiovisuelle d'une œuvre représentée, exécutée ou récitée est généralement considérée comme une reproduction de celle-ci.» Cette définition n'est pas très claire si l'on envisage les relations entre la Convention de Berne (article 14 *bis*) et les conventions relatives aux droits voisins. Comparer Leroy, G., *Vidéogramme et droit d'auteur*, 72 *Revue de droit intellectuel*, n° 4-5 (avril-mai), 1982, p. 49-63; Davies, G. et Hung, M. E., *Music and video private copying — An international survey of the problem and the law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993.