

DOCTRINE ET OPINIONS

**LA GESTION COLLECTIVE OBLIGATOIRE DES DROITS EXCLUSIFS
ET SA COMPATIBILITÉ AVEC LE DROIT INTERNATIONAL ET LE DROIT
COMMUNAUTAIRE DU DROIT D'AUTEUR - ETUDE DE CAS¹**

Pr. Silke v. Lewinski²

I. Introduction

Depuis quelque temps, la gestion collective fait l'objet de critiques de plus en plus vives - d'un côté, par ceux qui l'ont toujours critiquée, c'est-à-dire les politiciens et les spécialistes du droit de la concurrence, lesquels ne se soucient sans doute que peu des particularités du droit d'auteur ; de l'autre, par les entreprises susceptibles d'être considérées comme concurrentes pour la gestion ou l'exercice de ces droits, notamment les exploitants qui ont un intérêt propre à acquérir et exercer certains droits d'auteurs. De plus, parmi les entreprises qui sont légalement tenues de verser une rémunération, notamment pour copie privée, certaines (comme les fabricants de matériel informatique) commencent à protester plus vigoureusement contre cette obligation.

Mais on oublie trop souvent de souligner dans ce débat - ou tout au moins d'exprimer avec la même vigueur - que les sociétés de gestion collective sont moins dangereuses pour la concurrence - à supposer qu'elle le soient - que les conglomerats de médias qui dominent le marché, d'autant plus que les sociétés de gestion collective (par opposition aux conglomerats) sont le plus souvent réglementées pour limiter les risques d'abus de monopole avec l'obligation, par exemple, de conclure des contrats avec les utilisateurs et les titulaires des droits concernés³. Dans le même ordre d'idées, le Parlement européen a tout récemment reconnu que les monopoles exercés par les sociétés en question ne constituent pas en soi une atteinte à la concurrence, mais que c'est « la multiplication des concentrations verticales dans les médias [qui] pose bel et bien un véritable défi s'agissant de l'accès aux oeuvres et aux exécutions protégées par le droit d'auteur ou les droits voisins et de leur diffusion », et a demandé à la Commission de surveiller ces concentrations⁴.

¹ Cet article s'inspire d'un avis juridique rendu en 2003, qui sera publié en juin 2004 en hongrois dans la revue "Magyar Jog".

² Chef de division à l'Institut Max Planck de droit étranger et international en matière de brevets, de droit d'auteur et de concurrence, Munich ; Professeur associé au Franklin Pierce Law Center, Concord, N.H. (États-Unis).

³ Voir, par exemple, Gyertyánfy, « Collective Administration of Authors' Rights. An opinion from Eastern Europe » Communication faite à la Conférence de la Société croate du droit d'auteur, 22 novembre 2002 (à paraître), p. 1, évoquant le fait que 196 sociétés de perception nationales n'ont affaire qu'à une poignée de géants internationaux des médias, en particulier dans le secteur de l'enregistrement sonore et de l'industrie du cinéma, de sorte que l'existence d'une position dominante vis-à-vis des utilisateurs est devenue douteuse.

⁴ Résolution du Parlement européen en date du 15 janvier 2004 sur un cadre communautaire pour les sociétés de gestion collective dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, n° 2002/2274 (INI) ; A5-0478/2003, paragraphes 14 à 16 (citation extraite du paragraphe 15).

Autre point important rarement évoqué lors des débats sur la gestion collective, le rôle des sociétés de gestion collective ou du moins, la possibilité qu'elles ont de renforcer le pouvoir des auteurs, désavantagés le plus souvent par leur position de faiblesse dans les négociations avec les exploitants de leurs œuvres. Un droit géré par une société de gestion collective a toutes chances d'être plus profitable pour l'auteur qu'un droit exclusif cédé aux exploitants. Même si elles existent, les règles impératives du droit des contrats en matière de droit d'auteur ne sont bien souvent pas suffisantes pour protéger convenablement l'auteur individuellement⁵. Bien que la gestion collective obligatoire soit fréquemment considérée comme une restriction des possibilités des auteurs, elle peut en réalité avoir l'effet contraire en les aidant à tirer le maximum de bénéfices de certains droits. Il est temps que cette vision réaliste des choses soit généralement admise.

La gestion collective obligatoire a été introduite dans de nombreuses législations nationales pour gérer les droits à rémunération reconnus par la loi, mais jusqu'ici moins souvent pour les droits exclusifs, comme c'est le cas en Hongrie par exemple. Cela dit, au cours de la dernière procédure législative engagée pour modifier la Loi hongroise sur le droit d'auteur, s'est posée la question de savoir si les dispositions existantes sur la gestion collective obligatoire de certains droits exclusifs étaient conformes au droit international et au droit communautaire du droit d'auteur⁶. Cette question sera analysée ci après.

II. Le problème

1. Le droit hongrois

La Loi hongroise sur le droit d'auteur (LHDA) prévoit la gestion collective obligatoire d'un certain nombre de droits exclusifs de l'auteur. Premièrement, en vertu de l'article 25 de cette loi⁷, le droit de représentation et exécution publiques des œuvres musicales et littéraires publiées est assujéti à la gestion collective obligatoire. Seuls les « petits droits » sont visés, à la différence du droit d'exécution publique des œuvres littéraires et des œuvres dramatiques ou musicales sur scène (art. 25 (3) LHDA). L'exécution publique s'entend en particulier, l'exécution directe par un artiste interprète ou exécutant à l'occasion d'un concert ou d'une lecture publique par exemple, mais également l'exécution publique par des moyens et supports techniques comme la diffusion de musique par CD au public (art. 24 (2) LHDA). Deuxièmement, sont soumis à la gestion collective obligatoire, les droits exclusifs de radiodiffusion par voie terrestre et par satellite (art. 26 (2) LHDA)⁸, les droits de retransmission de programmes câblés (art. 26 (7) LHDA)⁹ et les droits de

⁵ Il n'est donc pas surprenant que les exploitants défendent généralement devant le législateur les droits exclusifs (qu'ils exerceraient, par exemple, pour la reproduction de copies privées) au détriment des droits à rémunération (exercés par les sociétés de gestion collective) et tendent à faire pression sur les auteurs pour que ceux-ci leur cèdent les droits confiés auparavant aux sociétés de gestion collective.

⁶ Loi n° CII de 2004. L'analyse concerne la situation juridique antérieure aux modifications les plus récentes de la Loi hongroise de 1999 sur le droit d'auteur, qui datent de 2004. Les modifications pertinentes n'ont changé la gestion collective obligatoire que dans la mesure où les auteurs ont la faculté de quitter la société qui l'exerce et où elle a été abolie pour les utilisations en ligne concernant les œuvres littéraires autres que dramatiques. Dans ce cas, un pas en arrière pour revenir à la loi précédente serait assurément un pas en avant pour les créateurs.

⁷ Loi LXXVI/1999 sur le droit d'auteur, du 22 juin 1999.

⁸ Le droit de diffusion par satellite est précisé comme suit : il faut que le programme satellitaire puisse être reçu directement par le public ; c'est réputé être le cas si, sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme de radiodiffusion, les signaux porteurs du programme sont introduits dans une chaîne ininterrompue aboutissant au satellite et de là redescendant vers la terre afin que le public puisse recevoir lesdits signaux (art. 26 (2) LHDA).

⁹ Le droit de retransmission au titre de l'article 26 (7) LHDA couvre la communication au public d'un programme propre par le câble ou tout autre moyen semblable.

mise à la disposition du public des oeuvres par un autre moyen que la radiodiffusion ou la retransmission de programmes câblés (art. 26 (8) LHDA)¹⁰. De même, la gestion collective n'est obligatoire que pour les « petits droits » en ce qui concerne les oeuvres musicales et littéraires (art. 27 LHDA).

2. Le droit international et le droit communautaire applicables

Dans cette étude, nous examinerons les textes du droit international et du droit communautaire applicables ci-dessous, afin de comparer leur compatibilité avec les dispositions de la Loi hongroise: la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (CB) (Acte de Paris, 1971), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, de 1994 (l'Accord sur les ADPIC), le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), la Directive 93/83/CE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (dite Directive européenne sur le satellite et le câble)¹¹ et la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (Directive européenne sur la société de l'information)¹².

Aucun des instruments juridiques internationaux ou communautaires ci-dessus n'aborde la question de savoir si la gestion collective obligatoire d'un droit exclusif est conforme ou non à ses dispositions. Seul l'article 9 (1) de la Directive européenne sur le satellite et le câble, définit explicitement l'obligation de la gestion collective d'un droit exclusif, pour le droit exclusif de retransmission par câble. En dehors de cela, il semble bien que la gestion collective obligatoire des droits exclusifs soit également un phénomène assez récent au niveau national. Par conséquent, la doctrine juridique n'a pas formellement traité ce thème jusqu'ici.

3. Les questions fondamentales en droit international et en droit communautaire

Dans le cas du droit international applicable, les questions fondamentales qui se posent sont les suivantes : la Convention de Berne, suivie en cela par l'Accord sur les ADPIC et le WCT, établit un régime de droits exclusifs minimaux, qui ne peuvent être limités que suivant les exceptions et limitations permises. L'étude examinera si la gestion collective obligatoire de ces droits exclusifs peut être qualifiée d'exception ou de limitation et, dans l'affirmative, si elle serait permise en vertu des dispositions internationales applicables (1). On pourra également se demander si la gestion collective obligatoire constitue une formalité, au sens de l'article 5 (2) CB, qui ne serait pas permise au regard de la Convention (2). Enfin, si notre analyse démontre que cette gestion est conforme aux principes des droits minimaux et de « l'absence de formalités », nous examinerons la question du « traitement national » (3).

Dans le contexte des directives européennes applicables, des questions peuvent se poser notamment en ce qui concerne l'article 3 de la Directive sur le satellite et le câble, qui prévoit un certain nombre de conditions d'acquisition et d'exercice du droit exclusif de radiodiffusion par

¹⁰ L'article 26 (8) LHDA, relatif au droit exclusif de communiquer une oeuvre au public par d'autres moyens que la radiodiffusion ou la retransmission de programmes câblés, étend explicitement ce droit à la mise à la disposition du public des oeuvres par fil ou sans fil, de telle sorte que le public puisse choisir individuellement le lieu et le moment où il y a accès ; ce droit reprend en particulier l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et l'article 3 (1) de la Directive européenne sur la société de l'information, qui sont centrés sur les utilisations à la demande et autres utilisations analogues de l'Internet.

¹¹ JO CE n° L 248/15, du 10 juin 1993.

¹² JO CE n° L 167/10, du 22 juin 2001.

satellite. De plus, l'article 5 de la Directive sur la société de l'information contient une liste exhaustive des exceptions et limitations permises, au-delà desquelles les Etats membres ne sont pas autorisés à limiter le droit exclusif de communication au public, au sens de son article 3 (1) ; la question se pose pour les droits de retransmission de programmes câblés et de mise à la disposition du public au regard de l'article 26 (7) et (8), de la Loi hongroise (LHDA). Là encore, il s'agirait de savoir si la gestion collective obligatoire constitue ou non une exception ou une limitation au sens de l'article 5 de la Directive européenne sur la société de l'information et, dans l'affirmative, si elle est ainsi couverte. Par ailleurs, il faudra peut-être évoquer les questions de non-discrimination à l'égard des autres citoyens de l'Union européenne (dans l'hypothèse de l'adhésion de la Hongrie en qualité de membre à part entière).

III. Analyse des questions pertinentes en droit international

1. Compatibilité avec les droits minimaux/les exceptions et limitations

La Convention de Berne établit un certain nombre de droits à accorder au minimum aux oeuvres étrangères, dans les conditions spécifiées à l'article 5 (1) seconde moitié de la phrase, en liaison avec les articles 3 et 4. Le droit de radiodiffusion par satellite des programmes qui sont directement reçus par le public, au sens de l'article 26 (2) LHDA, est protégé comme droit minimal par l'article 11bis (1) 1° CB ; le droit d'exécution et de représentation publique d'œuvres musicales ou littéraires visé à l'article 25 (1) LHDA est un droit minimal au regard des articles 11 (1) 1° et 11ter (1) 1° CB. Le droit de retransmission de programmes câblés énoncé à l'article 26 (7) LHDA ne constitue un droit minimal au regard de la Convention de Berne que pour les oeuvres musicales, dramatiques, dramatico-musicales et littéraires (articles 11 (1) 2° et 11ter (1) 2° CB). Ces dispositions de la Convention de Berne relatives aux droits minimaux ont été intégrées à l'Accord sur les ADPIC (première phrase de l'article 9 (1) et au Traité de l'OMPI (article 1 (4)) par le biais des clauses dites de conformité, qui obligent les États parties à ces conventions à se conformer aux articles 1 à 21 et à l'annexe de la Convention de Berne dans sa version de 1971. En d'autres termes, la reconnaissance de ces droits minimaux est également une obligation au regard de l'Accord sur les ADPIC et du Traité de l'OMPI.

De plus, le WCT prévoit à l'article 8 un droit de communication global, où entrent en particulier le droit de retransmission de programmes câblés au sens de l'article 26 (7) LHDA pour toutes les catégories d'œuvres (et pas seulement celles qui sont couvertes par les articles 11 et 11ter CB), ainsi que le droit dit « de mise à la disposition du public », visé à l'article 26 (8) de la Loi hongroise. En conséquence, tous les droits exclusifs examinés ici sont couverts par au moins un des trois traités et doivent être assurés dans le contexte international en tant que droits minimaux¹³.

En principe, les droits exclusifs, qui sont des droits d'interdire ou d'autoriser certaines utilisations, doivent être accordés inconditionnellement ; les exceptions ou limitations ne doivent pas dépasser la mesure permise par la Convention de Berne, l'Accord sur les ADPIC et le WCT, respectivement. La gestion collective obligatoire n'est pas expressément mentionnée dans les dispositions pertinentes. Dans cette partie de notre étude, la première question à analyser est de savoir si elle représente une exception ou une limitation par rapport aux droits exclusifs en question. Si elle n'en constitue pas une et, en conséquence, n'est pas réglée par ces traités internationaux, il ne

¹³ Il convient d'ajouter, dans un souci de clarté, que l'obligation de reconnaître des droits minimaux au regard de ces trois traités ne vaut que dans le contexte international et ne change rien aux situations nationales qui sont régies exclusivement par le droit interne. En particulier, l'obligation d'accorder la plénitude des droits minimaux ne se présente pas dans le pays d'origine de l'œuvre ; dans ce pays, la protection est réglée par le droit interne (article 5.3 de la Convention de Berne et, pour la définition du "pays d'origine", article 5.4 CB).

se pose même pas de problème de conformité. Si, en revanche, la gestion collective obligatoire constitue bien une exception ou une limitation, il faudra déterminer si elle relève de l'une des exceptions ou limitations permises.

En général, les exceptions et limitations aux droits exclusifs ont été autorisées dans le cadre de la Convention de Berne et des autres instruments internationaux dans l'intérêt du grand public. C'est ainsi que des utilisations spécifiques peuvent être autorisées par la loi à des fins d'éducation, de recherche, de citation ou d'information sur l'actualité en vertu des articles 2bis (2), 10 et 10bis de la CB. Dans ces cas-là, l'auteur ne pourra plus interdire certaines utilisations. Toutefois, la gestion collective obligatoire ne porte pas atteinte au droit exclusif lui-même ; les utilisations visées ne sont pas autorisées par la loi. En réalité, l'auteur ne se voit limité que dans les conditions d'exercice du droit : seul le droit d'exercer son droit exclusif par l'intermédiaire de la société de gestion lui est permis, mais le droit lui-même n'est pas limité en tant que tel, plus précisément il n'est pas limité au profit d'un intérêt tel que celui du grand public.

L'autre catégorie de restrictions au droit minimum de l'auteur visée par la Convention de Berne est celle des restrictions permises au profit de groupes particuliers d'utilisateurs, cités aux articles 11bis (2) et 13. Dans ces cas-là, il est permis aux législations nationales de régler « les conditions d'exercice des droits » (art. 11bis (2) CB). Ces dispositions répondent au souci de permettre aux pays membres d'instituer des licences obligatoires en faveur des organismes de radiodiffusion et des sociétés d'enregistrement, respectivement. Historiquement, dans les deux cas, les utilisateurs potentiels, à savoir les organismes de radiodiffusion et les sociétés d'enregistrement, craignaient que les titulaires des droits ne les empêchent d'obtenir les licences de diffusion et d'enregistrement nécessaires, en particulier lorsque ceux-ci étaient représentés par des sociétés de gestion collective. Ils revendiquaient un accès sans entrave à ces oeuvres pour leurs besoins¹⁴. En conséquence, ces dispositions autorisent en particulier le remplacement du droit exclusif par un droit à rémunération équitable. Bien que la gestion collective obligatoire soit sans doute couverte par le libellé de l'article 11bis (2) CB : « conditions d'exercice des droits », il ressort clairement des dispositions précitées que la Convention de Berne ne vise ainsi que les restrictions apportées aux droits exclusifs au profit des utilisateurs (organismes de radiodiffusion, producteurs de phonogrammes). Comme le révèle l'historique de l'article 11bis (2) de la Convention, le conflit potentiel se situait entre les sociétés de gestion collective (en leur qualité de représentantes des auteurs) et les organismes de radiodiffusion, plus qu'entre les auteurs et les sociétés de gestion. De fait, les rapports entre l'auteur, d'une part, et l'utilisateur, de l'autre, ne sont pas en jeu dans les cas de gestion collective obligatoire qui seront examinés dans cette étude.

Attendu que les exceptions et limitations prévues par la Convention de Berne ne concernent que certains intérêts du public en général et les intérêts spécifiques de groupes d'utilisateurs particuliers, il est fort possible que la gestion collective obligatoire des droits exclusifs en question dépasse la portée de la Convention de Berne et ne soit pas du tout considérée comme une restriction aux droits minimaux. On peut développer les arguments suivants en faveur de cette thèse :

La gestion collective obligatoire telle que définie par la loi hongroise sur le droit d'auteur (LHDA), entraîne – par rapport à un droit exclusif non soumis à la gestion collective obligatoire - les conséquences suivantes pour l'auteur ; il ne peut plus interdire lui-même la représentation et l'exécution publiques de son oeuvre, sa diffusion par satellite, sa transmission dans le cadre d'un programme câblé ou sa « mise à disposition » (sauf cas d'atteinte au droit moral) ; seule la société de gestion collective a le pouvoir de le faire. De plus, il ne peut plus négocier individuellement les conditions et modalités de ces utilisations, y compris les redevances de licence. C'est la société de

¹⁴ Ricketson, *The Berne Convention for Protection of Literary and Artistic works: 1886-1986*, Oxford, 1987, note 9.48 et note 9.41 et suiv.

gestion compétente qui exerce ses droits exclusifs à sa place, en son nom et dans son intérêt¹⁵. Le plus souvent, l'auteur a donné mandat à la société de gestion d'exercer ses droits. De plus, la loi présume que cette société est également habilitée à exercer les droits d'auteur qui ne lui en ont pas donné mandat- lesquels seront traités de la même manière que les autres auteurs et, partant, bénéficieront des mêmes conditions et de la même rémunération. En d'autres termes, la gestion collective s'étend en vertu de la loi à ceux qui n'ont pas donné mandat à cette fin. Ces derniers ne peuvent pas s'opposer à ce que ladite société autorise les utilisations pertinentes de leurs oeuvres (art. 91 (2), troisième phrase, LHDA). La question qui se pose ici est de savoir si cette situation constitue une restriction à un droit exclusif qui ne serait pas permise au regard de la Convention de Berne et des autres instruments internationaux.

A cette fin, il paraît utile de déterminer quelles sont les autres options possibles pour l'exercice de ces droits exclusifs. En ce qui concerne l'exécution ou la représentation publiques et la diffusion par satellite, lesquelles constituent les modes d'utilisation grand public de nombreuses oeuvres, il ne fait pas de doute que l'exercice individuel de ces droits ne serait en réalité pas possible¹⁶. De fait, la création, en France, de la toute première société de perception et de répartition des droits est née du constat que le droit d'exécution et de représentation publiques resterait purement théorique s'il n'y avait pas de société de perception pour exercer ce droit au nom des auteurs. En ce qui concerne la transmission des oeuvres dans le cadre de programmes câblés, la situation se présente sous un jour analogue. Pour résumer, la gestion collective obligatoire ne paraît enlever à l'auteur aucune possibilité réaliste d'exercer individuellement au moins les trois premiers droits exclusifs mentionnés précédemment, et peut-être aussi le droit de mise à la disposition du public¹⁷. Étant donné que la Convention de Berne et les autres traités pertinents visent à protéger les droits d'auteur « d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible¹⁸ », ce serait, semble-t-il, une contradiction interne de considérer que, dans les cas où la gestion individuelle est à peine concevable, la gestion collective obligatoire restreint indûment les droits exclusifs accordés comme droits minimaux.

Il convient également de signaler que rien n'empêche l'auteur de peser soit sur les conditions et modalités d'une licence à accorder aux utilisateurs, soit sur les règles applicables à la répartition de la rémunération entre les différents détenteurs de droits. A moins que l'auteur ne tire qu'un revenu négligeable de l'utilisation de son oeuvre, il a le droit de devenir membre de la société de

¹⁵ Le fait que cette société a le droit de faire valoir le droit de l'auteur dans une procédure judiciaire en son nom propre ne constitue qu'un moyen procédural de lui faciliter la tâche ; cela ne change rien, en revanche, à la relation contractuelle entre l'auteur et ladite société.

¹⁶ Voir, par exemple, Boytha : « Where do authors need to be represented by on professional organization in exercising their copyrights? » In : OMPI (dir. publ.), Forum international de l'OMPI sur la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins, Genève, 12-14 mai 1986, en particulier les paragraphes 4, (p. 31) et suivants ; Karnell, *The relations between Authors and Organizations administering their rights, Copyright* 1986, 45, p. 50.

¹⁷ Ricketson « Exceptions and limitations to copyright: international conventions and treaties » [Exceptions et limitations au droit d'auteur : conventions et traités internationaux], dans : Baulch/Greene/Wyborn (dir. publ.), Journées d'étude de l'ALAI : The boundaries of copyright and its proper limitations and exceptions (1999, p. 4)), indique, dans le contexte des progrès technologiques, que "les coûts transactionnels deviennent écrasants, et les titulaires de droits sont individuellement incapables d'identifier ceux qui utilisent leurs oeuvres et de négocier avec eux. Partant, les solutions collectives et/ou les licences obligatoires apparaissent comme le moyen le plus acceptable de résoudre ce problème".

¹⁸ Préambule de la Convention de Berne, partiellement repris dans le WCT ; quant au préambule de l'Accord sur les ADPIC, il évoque, sur un plan général, "la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle" et "l'élaboration de moyens efficaces et appropriés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce".

perception pertinente. Par ailleurs, les statuts de ladite société garantissent que les auteurs eux-mêmes aient une influence décisive sur les tarifs et les clés de répartition de la rémunération, par opposition aux éditeurs ; le conseil d'administration de la société de perception des droits sur les oeuvres musicales étant composé de neuf auteurs et un éditeur. En outre, la Loi hongroise sur le droit d'auteur impose aux sociétés de perception un certain nombre de règles impératives qui visent à protéger les intérêts des auteurs dans l'exercice de leurs droits. Selon l'article 88 (1) f n°3 LHDA, par exemple, la société de perception ne peut pas exercer la gestion collective comme une activité entrepreneuriale. En d'autres termes, elle est tenue d'agir exclusivement au nom et au profit des auteurs¹⁹.

Enfin, on peut se demander si l'obligation potentielle de la société de gestion collective de conclure elle-même des contrats avec les utilisateurs - ce qui impliquerait la perte en définitive du caractère exclusif des droits considérés - ne rendrait pas la gestion collective obligatoire incompatible avec les traités internationaux. Premièrement, pareille obligation n'est pas expressément formulée dans la Loi hongroise sur le droit d'auteur. Deuxièmement, même si la loi hongroise pouvait être interprétée comme imposant à la société de gestion collective l'obligation de conclure un contrat avec les utilisateurs, une telle règle serait fondée sur des considérations de concurrence qui ne sont visées ni par la Convention de Berne, ni par les autres traités²⁰.

L'on peut ajouter aux observations qui précèdent, une prise de conscience relativement récente selon laquelle, dans certaines circonstances, les droits exclusifs seraient parfois infiniment moins profitables pour les auteurs que les droits à rémunération sous forme de licences obligatoires gérées par des sociétés de gestion. L'argument a été avancé en particulier par des auteurs américains dans le cadre des débats de la Conférence diplomatique de l'OMPI de 1996 sur la proposition d'interdire l'application des licences obligatoires en vertu des articles 11 bis (2) et 13 de la Convention de Berne. Ces arguments se sont finalement révélés suffisamment forts pour convaincre les délégations des gouvernements de rejeter les propositions en la matière qui faisaient partie de la « proposition de base », le texte de négociation de la Conférence diplomatique qui devait aboutir au Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT). Ce qui a motivé le rejet de cette proposition c'est l'idée que dans la pratique, un droit exclusif exercé individuellement par l'auteur, est généralement transféré par contrat aux exploitants concernés tels que les éditeurs et les producteurs, avec un certain nombre de conséquences. En particulier, étant donné le déséquilibre caractérisé des pouvoirs de négociation des deux parties, il est bien connu qu'en règle générale les auteurs ne sont ni en mesure de négocier, ni d'obtenir une rémunération équitable ou des conditions et modalités adéquates.

Ce déséquilibre a récemment été admis par l'Allemagne avec l'institution de règles obligatoires applicables aux contrats pour améliorer les chances des auteurs de tirer des revenus équitables de l'exploitation de leurs oeuvres²¹. Selon cette loi, la « rémunération équitable » ne peut

¹⁹ Ces garanties font aussi apparaître la différence entre le travail d'une société de gestion collective pour l'auteur, d'une part, et celui des éditeurs, producteurs et autres auxquels l'auteur peut avoir cédé ses droits dans d'autres cas, d'autre part : ces dernières entreprises ont leurs propres intérêts économiques et n'exercent certainement pas à titre exclusif les droits dérivés dans l'intérêt des auteurs. Il s'ensuit que si l'on a le moindre doute quant à la compatibilité de la gestion collective obligatoire dans les cas examinés ici, il faut commencer par s'interroger sur la compatibilité avec le droit international applicable de n'importe quelle présomption juridique de cession des droits d'auteur aux employeurs, producteurs et autres entreprises analogues.

²⁰ De fait, nul ne conteste que les règles de la concurrence sont couvertes par l'article 17 CB, ce qui laisse intacte la possibilité pour les pays membres de régler ce domaine, Ricketson, op. cit. notes 9.69 et, en particulier, 9.72 (plus précisément, p. 548).

²¹ Loi sur le renforcement de la position contractuelle des auteurs et artistes interprètes ou exécutants, BGBl (Journal officiel fédéral) du 28 mars 2002, I, p. 1155 et suiv., version anglaise consolidée dans

être établie que par voie de négociation collective entre les associations ou autres groupements d'auteurs et d'artistes interprètes ou exécutants, d'une part, et les entreprises exploitantes, d'autre part. C'est une idée analogue que l'on retrouve à l'article 4 de la Directive européenne sur la location et le prêt²², selon lequel l'auteur ou l'artiste interprète ou exécutant qui a transféré son droit exclusif au producteur de phonogrammes ou de films conserve le droit, auquel il ne peut renoncer, d'obtenir une rémunération équitable au titre de la location. A l'origine, il avait même été envisagé d'assujettir ce droit à rémunération à la gestion collective obligatoire ; toutefois, l'opposition de certaines organisations de producteurs n'a pas permis l'adoption d'une telle disposition²³. Idéalement, seule la gestion collective obligatoire paraît être en mesure de garantir ces avantages aux auteurs et aux artistes interprètes ou exécutants²⁴.

Un autre exemple important pour la reconnaissance du rôle des sociétés de gestion collective en faveur du renforcement de la position individuelle des auteurs dans les négociations est la décision de la Cour suprême fédérale (BGH), relative aux coupures de presse, qui a considéré que le droit à rémunération prévu par la loi sur la reproduction des coupures de presse s'appliquait aussi dans l'environnement numérique et ne constituait pas une restriction injustifiée au droit d'auteur en tant que droit de propriété fondamental garanti par la Constitution allemande²⁵. La Cour a affirmé en particulier que, dans certaines circonstances, un droit à rémunération exercé par les sociétés de gestion collective peut être encore plus profitable à l'auteur qu'un droit exclusif.

Pour résumer ces réflexions, on ne peut envisager l'action de ces sociétés de nos jours sans tenir compte du rôle crucial qu'elles jouent comme uniques et puissants défenseurs des droits des auteurs et probablement comme étant les seules, à la différence des auteurs individuels eux-mêmes, à disposer de suffisamment d'atouts et de pouvoir de négociation pour obtenir certains avantages au profit des auteurs²⁶.

Découvert depuis peu, ce rôle des sociétés de gestion collective qui permet sans doute aux auteurs de se préserver individuellement des inconvénients liés à leur position de faiblesse dans la

33 IIC 842 (2002) ; voir aussi Dietz, « Amendment of German Copyright Law in order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers » [Modification de la Loi allemande sur le droit d'auteur destinée à renforcer la position contractuelle des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants], *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)* N° 33, p. 828 et suiv. (2002) ; Schippan, « Codification Contract Rules for Copyright Owners » [Codification des règles contractuelles à l'intention des titulaires de droits d'auteur], *European Intellectual Property Review (EIPR)*, N° 24, p. 171 (2002).

²² Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, Journal officiel des Communautés européennes n° L 346 du 27 novembre 1992, p. 61 et suiv.

²³ Cf. Reinbothe/v. Lewinski, *The EC Directive on Rental Right and Lending Right and on Piracy* [La directive européenne sur le droit de location et de prêt et sur la piraterie], Londres, 1993, p. 43 ; l'article 4 (3) de la Directive dit seulement que la gestion du droit à rémunération peut être confiée à des sociétés de gestion collective représentant des auteurs ou des artistes interprètes ou exécutants.

²⁴ C'est d'ailleurs ainsi que le législateur allemand, pour mettre en oeuvre l'article 4 de la Directive européenne sur la location, a assujetti ce droit à rémunération à la gestion collective obligatoire et appliqué la même structure au droit de retransmission par câble ; à titre de garantie supplémentaire, les deux droits ont été déclarés transférables par avance à tout autre qu'une société de gestion aux fins de la gestion collective.

²⁵ BGH du 11 juillet 2002, ZUM 2002, p. 740.

²⁶ Boytha y avait déjà fait allusion, *op. cit.*, par. 10. Il reste cependant encore beaucoup à faire pour que ce rôle soit plus largement reconnu.

négociation de contrats individuels²⁷, connaîtra une reconnaissance accrue dans un avenir proche, face aux perspectives de concentrations croissantes des médias dans un monde dominé par les affaires. De plus, le droit d'auteur est critiqué depuis un certain nombre d'années, aux États-Unis en particulier mais aussi de plus en plus dans d'autres parties du monde, pour son caractère surprotecteur ; ces critiques mettent l'accent sur le fait que les recettes tirées de l'exploitation des oeuvres bénéficient davantage à l'industrie qu'aux créateurs de ces oeuvres, c'est-à-dire les auteurs. Dans une situation où les contrats individuels sont le plus souvent déséquilibrés, il pourrait même devenir indispensable que la gestion collective ne demeure pas une simple possibilité mais soit rendue obligatoire dans certains cas. Même si, à première vue, cela peut paraître comme une restriction au droit exclusif de l'auteur, il serait plus juste d'y voir au contraire une forme de protection de l'auteur contre la pression des entreprises pour qu'il leur transfère ce droit. Tous ces effets positifs potentiels que recèle la gestion collective obligatoire n'ont, semble-t-il, guère été pris en considération par ceux qui expriment certains doutes essentiels quant à son admissibilité²⁸.

En conclusion, si l'on tient compte des conditions actuelles d'exercice du droit des auteurs, on peut considérer que la gestion collective obligatoire des droits étudiés ici est conforme au régime des droits minimaux de la Convention de Berne. A cet égard, il en va de même dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

Même sans vouloir suivre la conclusion qui précède et en considérant la gestion collective obligatoire comme une exception ou une limitation au droit d'auteur qui doit être permise par les traités, on aboutirait à un résultat qui ne serait que partiellement différent : en particulier, le droit de diffusion par satellite serait justifié au regard de l'article 11bis (2) CB par l'argument *e majore ad minus*. Comme cet article 11bis (2) CB permet même les licences obligatoires, et partant, le remplacement du droit exclusif par un droit à rémunération, cette restriction est assurément plus large que la gestion collective obligatoire du droit exclusif – lequel reste intact. En ce qui concerne l'exécution et la représentation publiques, la gestion collective avait été définie comme obligatoire selon la Loi hongroise sur le droit d'auteur n° III de 1969 et a toujours été pratiquée ainsi depuis lors. La différence entre gestion collective obligatoire et facultative étant négligeable dans le cas de l'exécution ou la représentation publiques, c'est certainement, si c'en est une, une exception ou limitation mineure du point de vue économique. La gestion collective obligatoire peut donc être rangée parmi les exceptions dites mineures qui sont permises par la Convention de Berne, en particulier dans le cas du droit d'exécution publique²⁹. Il est sans doute moins évident que, pour les droits visés à l'article 26 (7) LHDA (retransmission par câble) et à l'article 26 (8) LHDA (mise à la disposition du public autrement que par radiodiffusion ou retransmission par câble de programmes), elle s'inscrirait aussi dans l'une des exceptions et limitations explicites ou implicites de la Convention de Berne.

Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et du WCT, les mêmes considérations valent, parce que les dispositions de fond (y compris les exceptions implicites, comme l'avait précisé le Groupe spécial de l'OMC qui avait examiné l'affaire 160 de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur) y ont été incorporées (voir l'article 9 (1) de l'Accord sur les ADPIC et l'article 1 (4) du WCT). De plus, les deux conventions prescrivent l'application du « triple test » (article 13 de l'Accord sur les

²⁷ Sur ce rôle des sociétés de gestion, voir v. Lewinski, « Introduction », dans : Roussel (dir.publ.) ; Actes du XLIIe Congrès de l'ALAI, Montebello, p. 10 et suiv.

²⁸ Ficsor, « Principles covering the establishment and operation of collective administration » [Principes régissant la mise en place et le fonctionnement de la gestion collective], in OMPI (dir. publ.), Forum international de l'OMPI sur l'exercice et la gestion du droit d'auteur et des droits voisins face aux défis de la technique numérique, Séville, 14-16 mai 1997, p. 267 (alinéa b).

²⁹ Ricketson, *op. cit.*, notes 9.59 et suiv., en particulier 9.63.

ADPIC, article 10 du WCT³⁰). En premier lieu, la loi hongroise a limité la gestion collective obligatoire aux « cas spéciaux » définis en ses articles 25 à 27. En second lieu, la gestion collective obligatoire ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale des droits considérés. Les droits d'exécution ou de représentation publiques, de diffusion par satellite et de retransmission par câble étant habituellement, et partiellement uniquement, gérés de façon collective, la nature obligatoire de la gestion collective ne peut potentiellement pas créer de conflit avec la gestion collective dite normale. Même le droit de mise à disposition, qui est géré collectivement depuis son introduction dans la Loi hongroise sur le droit d'auteur de 1999, ne permet pas de supposer que l'exercice, collectif ou individuel, obligatoire (par opposition à facultatif) de ce droit ait porté une quelconque atteinte à son exploitation sur le marché. Enfin, les intérêts légitimes de l'auteur impliquent en particulier la possibilité d'interdire ou d'autoriser l'utilisation considérée, ne serait-ce que pour tirer un profit financier de son exploitation. Ces intérêts sont bien défendus au nom de l'auteur par les sociétés de gestion collective, et peut-être de manière plus bénéfique que par une gestion collective ou individuelle non obligatoire. En conséquence, la gestion collective obligatoire ne saurait causer un préjudice, et encore moins un préjudice injustifié, aux intérêts légitimes des auteurs. En conclusion, le « triple test » ne fait pas obstacle à la gestion collective obligatoire dans les cas considérés³¹.

2. Compatibilité avec le principe de « l'absence de formalités »

L'article 5 (2) de la Convention de Berne incorpore le principe dit de « l'absence de formalités ». En conséquence, il n'est pas permis aux pays membres de l'Union d'exiger l'accomplissement d'une quelconque formalité comme condition de la genèse ou de l'existence de la protection du droit d'auteur dans le cas des oeuvres « étrangères ». En ce qui concerne la gestion collective obligatoire dans le cadre de la Loi hongroise, un auteur n'a aucune formalité à accomplir. Il n'a pas même besoin d'adhérer à la société de gestion compétente, puisque cette dernière est tenue d'exercer les droits des auteurs même s'ils n'en sont pas membres. Deuxièmement, la genèse et l'existence du droit d'auteur ne s'en trouvent pas affectées ; seul son mode d'exercice est réglementé³².

Certains ont fait valoir qu'une *cessio legis*, ou cession obligatoire à une société de gestion de droits exclusifs, altérerait la substance du droit et porterait donc atteinte à sa genèse³³. Même en admettant que l'on suive cette opinion, sur laquelle on peut nourrir quelques doutes, la gestion

³⁰ L'article 10 (2) du WCT s'applique aux droits minimaux visés par la Convention de Berne, et son article 10 (1) aux droits figurant seulement dans le Traité, à savoir le droit de retransmission par câble d'oeuvres qui ne sont pas visées par les articles 11 et 11ter CB et le droit de "mise à disposition".

³¹ Voir aussi, pour l'application du « triple test » dans le cadre de l'article 9 (2) CB en ce qui concerne les licences non volontaires, Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* [Le droit du droit d'auteur et l'Internet], Oxford, 2002, note 5.58.

³² Masouye, *Guide to the Berne Convention*, note 5.5, fait explicitement la distinction entre la reconnaissance et l'étendue de la protection en tant que telle et les divers modes d'exploitation des droits. Nordemann/Vinck/Hertin/Meyer, *International Copyright and Neighboring Rights Law*, 1990, article 5 de la Convention de Berne, note 7, mentionnent expressément que la gestion collective obligatoire est conforme à l'article 5 (2) CB. A l'instar de v. Ungern-Sternberg, *Die Wahrnehmungspflicht der Verwertungsgesellschaften und die Urheberrechtskonventionen*, GRUR Int. 1973, 61, 62 (n° 2), il rejette les opinions antérieures de Bappert/Wagner (1956), Peter (1954) et d'autres, pour qui la gestion collective obligatoire était contraire au principe de l'absence de formalités, en faisant valoir que l'article 5 (2) CB n'interdit les formalités que pour la création et l'existence du droit d'auteur et qu'il est avéré que la gestion collective est nécessaire à l'exercice d'au moins un certain nombre de droits d'auteur. Seul Ricketson, op. cit., note 16.33, considère la gestion collective obligatoire comme une formalité inadmissible.

³³ Nordemann/Vinck/Hertin/Meyer, op. cit., Art. 5 BC, note 7.

collective obligatoire prévue par la loi hongroise ne serait pas affectée par cet argument, puisque les droits exclusifs ne sont pas cédés ou réputés cédés à une société de gestion, mais que seul l'auteur est réputé avoir donné mandat d'exercer le droit en son nom. Par conséquent, la gestion collective obligatoire ne peut pas être considérée comme une formalité, au sens de l'article 5 (2) CB, en tant que telle, ni au sens de l'Accord sur les ADPIC et au WCT.

3. Questions de traitement national

Étant donné que la gestion collective obligatoire les empêche d'exercer individuellement leurs droits, les auteurs sont tributaires de la possibilité de faire représenter leurs droits par la société de gestion. A cet égard, le principe du traitement national posé à l'article 5 (1) de la CB (de même qu'à l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 3 du WCT en liaison avec l'article 5 de la CB) exige l'égalité de traitement des oeuvres étrangères et des oeuvres nationales. En d'autres termes, les auteurs d'oeuvres étrangères doivent disposer des mêmes possibilités d'accès à la société de gestion, et peser sur ses décisions, que les auteurs d'oeuvres nationales.

En premier lieu, comme indiqué ci-dessus, la gestion collective obligatoire n'exige pas l'adhésion à la société gestionnaire ; du fait de son caractère obligatoire, la gestion collective étend ses effets aux non-membres. En même temps, ceux qui souhaitent devenir membres de la société en vue de peser sur ses décisions concernant les tarifs et les clés de répartition devront avoir le droit d'y être admis de la même manière que les auteurs nationaux. En pratique, un nombre élevé d'accords réciproques ont été conclus par *Artisjus* avec des sociétés de gestion étrangères, de sorte qu'un grand nombre d'oeuvres étrangères se voient déjà réserver le même traitement que les oeuvres d'origine nationale. De plus, la loi permet à des auteurs étrangers qui ne sont pas couverts par ces accords réciproques de devenir membres à titre individuel de la société de gestion hongroise. L'égalité de traitement se trouve ainsi garantie. Dès lors que la loi permet aux auteurs d'oeuvres étrangères de bénéficier du même traitement quant à leur participation possible à la société de gestion en qualité de membres et d'être représentés par la société de gestion hongroise, rien n'indique une quelconque atteinte au principe du traitement national³⁴.

IV. Analyse des questions pertinentes dans le cadre des directives européennes

1. La Directive européenne sur le satellite et le câble

Aux termes de l'article 3 (2) de la Directive européenne sur le satellite et le câble, « un État membre peut prévoir qu'un contrat collectif conclu entre une société de gestion collective et un organisme de radiodiffusion pour une catégorie donnée d'oeuvres peut être étendu à des titulaires de droits de la même catégorie qui ne sont pas représentés par la société de gestion collective, à condition (a) que la communication au public par satellite ait lieu en même temps qu'une diffusion par voie terrestre par le même diffuseur et (b) que le titulaire de droits non représenté ait la possibilité, à tout moment, d'exclure l'extension du contrat collectif à des oeuvres et d'exercer ses droits soit individuellement, soit collectivement ». Cette disposition précise subordonne la gestion collective étendue, à savoir l'extension de la gestion collective aux titulaires de droits qui ne sont pas représentés par la société de gestion collective, à la possibilité pour ceux-ci, d'exercer leurs droits individuellement ou collectivement. A l'heure actuelle, cette possibilité n'est pas accordée par la Loi hongroise sur le droit d'auteur pour la gestion collective obligatoire. De même, le droit de radiodiffusion par satellite prévu par l'article 26 (2) de cette loi n'est pas circonscrit aux radiodiffusions par satellite qui ont lieu en même temps qu'une diffusion par voie terrestre par le même diffuseur. Sur ces deux points, la Loi hongroise devrait être adaptée pour faire une place à

³⁴ Voir aussi Traple/Barta, *La Convention de Berne traverse-t-elle une crise ?* RIDA 1992, n°152, p. 3 à 95, et v. Ungern-Sternberg, op. cit., p. 61 et suiv.

ces deux conditions de la gestion collective obligatoire³⁵. De plus, l'obligation imposée par l'article 3 (4) de la Directive d'indiquer les organismes de radiodiffusion habilités devra être remplie au moment de l'adhésion.

2. L'article 5 de la Directive européenne sur la société de l'information

La Directive européenne sur la société de l'information règle, entre autres choses, le droit exclusif de communication au public, y compris le droit de retransmission de programmes câblés et le droit de mise à disposition qui sont visés à l'article 26 (7) et (8) LHDA (article 3 (1) de la Directive). L'article 5 de cette Directive contient une liste exhaustive des exceptions et limitations permises. En conséquence, si la gestion collective obligatoire présente une exception ou une limitation au sens de cet article, il faut qu'elle soit visée par l'une de ses dispositions pour être conforme à la Directive.

Comme on l'a vu en détail au paragraphe III.1. ci-dessus à propos de la Convention de Berne, il y a de solides raisons de conclure que la gestion collective obligatoire dans les cas examinés ici ne répond pas à la définition d'une exception ou d'une limitation et reste donc en dehors du champ traité par la Convention de Berne. Les mêmes considérations valent sans doute dans le contexte de l'article 5 de la Directive européenne sur la société de l'information. De fait, il semble que la gestion collective obligatoire n'ait même pas été discutée dans ce contexte, ce qui signifie peut-être qu'elle n'était pas considérée comme une exception ou une limitation.

Il apparaît que tel a été le cas même pour les licences non volontaires, qui ne figurent pas sur la liste de l'article 5 de la Directive. De fait, en mettant en oeuvre cette Directive, le législateur allemand a considéré que les licences non volontaires de l'ancien article 61 de la Loi allemande sur le droit d'auteur, relatif aux licences automatiques, ne constituait pas une exception ou une limitation et a donc remplacé cette disposition tirée de l'article relatif aux limitations du droit d'auteur par l'article sur l'octroi de licences pour les droits d'auteur, à savoir le nouvel article 42a de la Loi sur le droit d'auteur. Il a justifié cette qualification par la nature de la licence non obligatoire, qui laisse le droit exclusif intact sur le fond et ne réglemente que certaines questions relatives à son exercice³⁶.

Si cet argument vaut dans le cas des licences non volontaires, où il existe une obligation de conclure un contrat avec un utilisateur, il vaut nécessairement encore plus pour une gestion

³⁵ Voir aussi Dreier, « Satelliten- und Kabel-RL », article 3, note 2, in v. Lewinski/Walter/Blocher/Daum/Dreier/Dillenz, *Europäisches Urheberrecht* (Walter, dir. publ.), Vienne, 2001.

³⁶ La proposition du gouvernement aux fins de la transposition de la Directive sur la société de l'information renvoyait aussi au considérant 28 de la Directive sur le satellite et le câble. Ce considérant a trait à l'article 9 de cette Directive, lequel vise la gestion collective obligatoire du droit exclusif de retransmission par câble. Le considérant 28 dit expressément que « [...] le droit d'autorisation en tant que tel demeure intact et que seul son exercice est réglementé dans une certaine mesure ». Voir, dans la proposition du gouvernement aux fins de la transposition de la Directive européenne sur la société de l'information, les délibérations sur la nature de la licence non volontaire. Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 2002, p. 40 (www.urheberrecht.org) ; la proposition a été adoptée en tant que loi : « Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft », du 10 septembre 2003, *Journal officiel* (BGBl) 1 n° 46 du 10 septembre 2003, p. 1774 et suiv. On retrouve cette distinction dans les commentaires des principaux auteurs allemands à propos des licences non obligatoires ; voir, par exemple, Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 2e éd. Note 435 ; Schrickler/Melichar, *Urheberrecht*, 2e éd., notes 6 et 29, pour les art. 45 et seq ; note 1 relative à l'art. 61.

collective obligatoire. En conséquence, et aussi pour les raisons indiquées plus haut à propos de la Convention de Berne, la gestion collective obligatoire, dans les cas examinés ici, sort du champ réglementé par la Directive européenne sur la société de l'information. Les États membres de la Communauté peuvent donc régler librement les questions de gestion collective obligatoire.

3. L'article 12 du Traité CE

Comme l'a prouvé l'arrêt de la Cour de justice européenne dans l'affaire « Phil Collins », l'article 12 du Traité CE, relatif à la non-discrimination en raison de la nationalité s'applique aussi au droit d'auteur et aux droits voisins³⁷. En conséquence, après l'adhésion de la Hongrie à l'Union européenne, les citoyens européens, qui voudront faire valoir leurs droits au titre des articles 25 et 26 (2), (7) et (8), en relation avec l'article 27 LHDA, devront avoir la possibilité d'adhérer à la société hongroise de gestion et être traités, en ce qui concerne la gestion collective de leurs droits, de la même façon que les auteurs nationaux.

V. Conclusions

La gestion collective obligatoire des droits exclusifs de représentation ou exécution publiques, radiodiffusion par satellite et transmission de programmes câblés, mais aussi sans doute du droit de mise à la disposition du public, ne constitue aucune exception ou limitation au sens de la Convention de Berne, de l'Accord sur les ADPIC ou du WCT, ni aucune autre restriction portant atteinte au principe des droits minimaux prévus par ces instruments conventionnels. Au contraire, en règle générale, la gestion collective obligatoire peut avoir des effets profitables et protecteurs. De plus, la gestion collective obligatoire telle qu'elle est prévue par la Loi hongroise, ne porte atteinte ni au principe de « l'absence de formalités » ni à celui du traitement national stipulés par lesdits instruments.

En ce qui concerne le droit de la CE, la gestion collective obligatoire ne représente pas non plus une exception ou limitation au sens de la Directive européenne sur la société de l'information et n'est donc pas contraire à cette directive. Enfin, les règles hongroises régissant la gestion collective obligatoire du droit exclusif de radiodiffusion par satellite, devront être modifiées pour tenir compte des conditions de l'article 3 (2) et (4) de la Directive européenne sur le satellite et le câble.

³⁷ CJCE, arrêt du 20 octobre 1993, aff. C 92/92 et C 326/92, Rec. 1993, 5145 – Phil Collins.

DEVELOPPEMENTS JURIDIQUES

REFLEXIONS SUR LA NOUVELLE LOI NEPALAISE SUR LE DROIT D'AUTEUR

Pustun Pradhan*

1. Elaboration de la loi sur le droit d'auteur

C'est en 1965 que le Népal a promulgué sa première loi sur le droit d'auteur. Celle-ci n'a toutefois jamais été appliquée, essentiellement en raison de ses lacunes techniques ; la plus importante étant l'absence de dispositions en matière de contentieux en cas d'atteinte au droit d'auteur et la confusion quant à l'autorité du Conservateur des droits [Registrar] dans l'article 17 relatif aux sanctions civiles et aux actions pénales en cas d'atteinte au droit d'auteur.

Etant donné que la loi n'a jamais été appliquée, ces défauts techniques sont passés largement inaperçus lors de l'adoption du premier amendement, 32 ans plus tard. Cet amendement, introduit en réponse au développement spectaculaire du marché du son et de l'audiovisuel vers le milieu des années 90, n'a apporté aucune modification de fond, se contentant de quelques changements sur des points d'intérêt immédiat relatifs à la portée de la protection et aux sanctions pénales. Plus particulièrement, les programmes informatiques et travaux de recherche ont été ajoutés à la liste des oeuvres protégées et les amendes pour atteinte au droit d'auteur, jusqu'à présent négligeables, ont été considérablement augmentées.

Dans la pratique, bien que des cas de violation de droit d'auteur soient évoqués lors de débats théoriques, très peu de recours sont intentés et ces derniers sont en général abandonnés par les autorités compétentes¹. Cette situation illustre bien pourquoi, malgré l'existence d'une loi sur le droit d'auteur depuis plus d'une trentaine d'années, les auteurs et titulaires de droit d'auteur népalais ne sont pas en mesure de faire valoir leurs droits.

* M. Pradhan est maître de conférences au Centre for Economic Development and Administration (CEDA) de l'Université Tribhuvan et chargé de recherche à l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle et la loi en matière de concurrence et de fiscalité (Munich). Adresse postale : P.O. Box 19965, Tahachal, Katmandou, Népal. Adresse électronique : pust@wlink.com.np ou pustunp@hotmail.com.

¹ Après l'entrée en vigueur des amendements de 1997, la *Music Nepal (P.) Ltd* a déposé plainte pour atteinte au droit d'auteur auprès du Conservateur des droits de la Bibliothèque nationale népalaise. Bien que le défendeur ait été pris sur le fait par la police, le Conservateur des droits a refusé d'engager une action au motif qu'il n'était pas habilité à punir les coupables. La demande d'ordonnance de mandamus déposée par le requérant à la Cour suprême a été écartée. De même, dans l'affaire *Foundation Books, New Delhi v Registrar*, la Cour suprême a confirmé la décision de la Cour d'appel qui avait estimé que le Conservateur des droits n'était pas habilité à prononcer des sanctions aux termes de l'article 17 de la loi sur le droit d'auteur.

A ce jour, le Népal est resté à l'écart des conventions traditionnelles en matière de droit de propriété intellectuelle. Aucune législation dans ce domaine ne protège les droits des obtenteurs de variétés végétales, la conception de circuits intégrés ou les ouvrages géographiques, et la concurrence déloyale n'est interdite par aucune législation. Cependant, son entrée récente (septembre 2003) à l'OMC² a mis le Népal dans l'obligation de promulguer une législation conforme aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC, qui reprenne dans une large mesure les dispositions et principes fondamentaux des conventions internationales en vigueur en matière de propriété intellectuelle.

2. La nouvelle loi sur le droit d'auteur de 2002

En août 2002, le Népal a promulgué une nouvelle législation sur le droit d'auteur en remplacement de la loi de 1965. Cette nouvelle loi est bien structurée et plus approfondie que la précédente, qu'elle actualise considérablement. On y trouve des dispositions plus précises sur la mise en œuvre, laquelle est, en grande partie, conforme aux exigences minimales de l'Accord sur les ADPIC. La nouvelle loi comporte sept chapitres et 43 articles. Pour la première fois, elle étend la protection aux droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion.

2.1 Droits des auteurs

2.1.1 Droits patrimoniaux

Les chapitres 1 et 2 de la nouvelle loi sont entièrement consacrés à des questions de fond, telles que la définition et les droits des auteurs. L'article 7 énumère les droits patrimoniaux garantis aux auteurs³. La loi souligne que les droits exclusifs n'excluent pas certaines limites et ne confèrent donc pas aux titulaires un pouvoir absolu sur l'utilisation de leurs oeuvres et l'accès à celles-ci. C'est ce qui ressort clairement de l'article 7 qui, au début, renvoie au chapitre 4, c'est-à-dire au chapitre qui restreint l'exercice des droits et prévoit des restrictions et exceptions dans certains cas.

L'article 7 est libellé comme suit : « Sous réserve des dispositions du chapitre 4, l'auteur ou le propriétaire du droit jouit du droit exclusif de procéder aux actes suivants ... ». En fait, il n'était pas nécessaire d'utiliser une formule aussi restrictive dans un article entièrement consacré aux droits économiques car le chapitre 4 en éclaircissait le sens *ipso facto*. De toute évidence, ce libellé a été utilisé pour faire ressortir les considérations d'utilité publique propres à la loi.

2.1.2 Droits moraux

La nouvelle loi népalaise rappelle par certains traits les deux grandes traditions juridiques dans le domaine du droit d'auteur : la tradition de la *common law* et la tradition civiliste. Dans la

² La Conférence ministérielle de l'OMC qui s'est réunie à Cancun (Mexique) a approuvé par consensus le 11 septembre 2003 la candidature du Népal. Le Népal était candidat à l'OMC depuis mai 1989.

³ Ces droits sont notamment les suivants : (a) droit de reproduction d'une oeuvre, (b) droit de traduction d'une oeuvre, (c) droit de corriger ou modifier une oeuvre, (d) droit d'adapter une oeuvre, notamment de lui apporter toute transformation voulue, (e) droit de cession - restreinte ou non - de droits sur des oeuvres audiovisuelles, des oeuvres sonores, des programmes informatiques, des bases de données ou des oeuvres musicales sous forme de partitions, (g) droit d'importer la reproduction d'une oeuvre, (h) droit d'exposer publiquement un original ou une copie de celui-ci, (i) droit d'exécuter ou représenter une oeuvre, (j) droit de radiodiffuser une oeuvre, (k) droit de communiquer une oeuvre au public.

mesure où elle ne distingue pas le droit d'auteur des droits voisins⁴, elle est plus proche de la *common law*. Mais lorsqu'il s'agit des droits moraux, elle se tourne vers la tradition de droit civil de l'Europe continentale⁵. Les droits moraux sont abordés dans une perspective dualiste et sont donc considérés comme distincts et indépendants des droits patrimoniaux⁶.

L'article 8 de la nouvelle loi reconnaît explicitement trois droits moraux distincts : le droit à la paternité, le droit à l'intégrité et le droit de modifier des oeuvres. Cependant, les caractéristiques fondamentales des droits moraux, à savoir : *perpétuité, inaliénabilité et imprescriptibilité*, ne sont pas pleinement respectées et protégées dans la loi népalaise.

Par exemple, l'article 14, conformément aux dispositions de l'article 6 *bis* de l'Acte de Paris (1971) de la Convention de Berne, définit la durée de protection des droits moraux comme égale à celle des droits patrimoniaux, à savoir pendant la durée de la vie plus une période de 50 années après la mort. Dans le cas des artistes interprètes ou exécutants, auxquels l'article 9 (3) accorde le droit de s'identifier en tant que tels ou de demander que leur nom soit cité en relation avec la représentation ou l'exécution d'une oeuvre ainsi que le droit d'interdire toute déformation ou autre transformation de leur représentation ou exécution au détriment de leur réputation et de leur popularité, leurs droits moraux s'étendent, parallèlement aux autres droits, sur une période de 50 ans après la date de la représentation ou de l'exécution ou de la fixation sur un support sonore.

Quand la loi limite la protection des droits moraux à une période donnée, on est d'emblée amené à s'interroger sur le sort réservé à l'intégrité des oeuvres à partir du moment où elles entrent dans le domaine public. La loi ne stipule pas qu'il appartient aux héritiers de l'auteur ou aux pouvoirs publics de protéger l'intégrité des oeuvres qui tombent dans le domaine public. Dès lors, la question se pose logiquement de savoir si n'importe qui est libre d'utiliser et de manipuler à son gré une oeuvre, ou la représentation ou l'exécution d'une oeuvre. C'est là un des points qui devront sans doute être abordés lors d'un éventuel amendement de la loi népalaise sur le droit d'auteur.

Ce qui distingue également les droits moraux aux termes de la loi népalaise, c'est que l'auteur peut les céder par testament. L'article 8 (2) définit la limite de l'incessibilité des droits moraux à la durée de vie de l'auteur, permettant ainsi à ce dernier de les céder dans son testament à toute personne physique ou morale qu'il désigne pour exercer ses droits moraux après sa mort. Ainsi qu'il est stipulé à l'article 24 (2), cette cession doit faire l'objet d'un contrat écrit à la condition que l'auteur soit toujours désigné comme l'auteur de l'oeuvre par le cessionnaire. En l'absence de cession de ce type décidée par l'auteur, on considère qu'après sa mort ses droits moraux se transmettent à ses héritiers.

Mais la loi ne dit pas ce qu'il advient de ces droits si l'auteur ne les a pas cédés et ne laisse pas d'héritier. On relèvera que, du fait de cette disposition sur la cessibilité, que les éditeurs peuvent être tentés d'exercer des pressions sur les auteurs pour que ces droits leur soient cédés et ainsi, consolider leur contrôle sur l'exploitation des oeuvres.

⁴ La loi ne reconnaît que trois types de droits voisins : les droits des artistes interprètes ou exécutants, ceux des producteurs de phonogrammes et ceux des organismes de radiodiffusion.

⁵ Steward, Stephen, "International Copyright and Neighbouring Rights" (deuxième édition), Londres, Butterworths, 1989, p. 79 (par. 4.49).

⁶ La première clause de l'article 8 (1) dispose que les droits moraux sont indépendants des droits patrimoniaux.

2.2 Champ d'application de la loi

Aux termes de la nouvelle loi, bénéficient de la protection les auteurs dont les oeuvres ont d'abord été publiées au Népal ainsi que les auteurs dont les oeuvres, bien que d'abord publiées dans un autre pays, ont été publiées au Népal dans les 30 jours suivants, quels que soient leur nationalité ou domicile. C'est ce que dispose l'article 13 (1) b, consacré au champ d'application de la loi. Ces dispositions, qui restreignent la protection accordée aux oeuvres d'auteurs étrangers, vont sans doute être amendées très bientôt car le Népal s'est engagé à adopter l'Accord sur les ADPIC d'ici 2006.

La loi protège les oeuvres des auteurs domiciliés au Népal. Cependant, elle ne traite pas du cas des oeuvres dont un des coauteurs est ressortissant étranger. La protection est accordée aux oeuvres audiovisuelles produites par une société dont le siège social est au Népal ou qui est domiciliée au Népal. De même, la loi protège les créations architecturales réalisées au Népal ou toute oeuvre artistique utilisée dans le bâtiment ou toute autre structure édifée au Népal.

Ainsi qu'en dispose la Convention de Berne, la protection est automatique et n'est subordonnée à aucune formalité. Cependant, les auteurs qui souhaitent enregistrer leurs oeuvres en ont la possibilité aux termes de l'article 5 (1). L'enregistrement peut s'avérer un document précieux pour faire valoir sa titularité en cas de litige sur la date de création.

2.3 Oeuvres protégées

Toute création originale et intellectuelle dans le domaine littéraire, scientifique ou artistique peut bénéficier de la protection selon la définition de l'« oeuvre » donnée à l'article 2 (1)⁷. La liste des oeuvres⁸ donne une idée du champ d'application, qui recouvre une grande variété d'ouvrages.

La définition ci-dessus expose clairement les deux critères fondamentaux auxquels une oeuvre doit satisfaire pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. D'abord, elle doit être originale ; ensuite, elle doit se situer dans le domaine littéraire, artistique ou scientifique. Mais la loi ne spécifie nulle part - ni ne donne aucune indication pour le déterminer - le degré d'originalité nécessaire pour qu'une oeuvre constitue une création intellectuelle. Cette décision est laissée entièrement à l'appréciation rationnelle des tribunaux, au cas par cas. Faute de jurisprudence en la matière, et la nouvelle loi n'ayant pas encore été mise en oeuvre, l'on peut se demander comment les tribunaux népalais interpréteront les critères d'originalité dans les différentes catégories d'oeuvres.

⁷ L'article 2 (1) définit les oeuvres comme "créations originales et intellectuelles dans les domaines littéraires, scientifiques, artistiques et autres, notamment les oeuvres suivantes ...".

⁸ A titre d'illustration l'article 2 (1) cite comme oeuvres correspondant à cette définition les oeuvres suivantes :

- livres, opuscules, articles, travaux de recherche ;
- oeuvres dramatiques ou mélodramatiques, pantomimes et autres oeuvres semblables conçues pour la scène ;
- compositions musicales avec ou sans paroles ;
- oeuvres audiovisuelles ;
- créations architecturales ;
- dessins, peintures, sculptures, gravures, lithographies et autres oeuvres d'art ;
- travaux photographiques ;
- oeuvres d'art appliqué ;
- illustrations, cartes, plans, ouvrages géographiques ou topographiques et articles scientifiques en trois dimensions ; programmes informatiques.

2.4 Oeuvres non protégées

L'article 4 énumère les oeuvres exclues de toute protection par le droit d'auteur. Ce sont notamment les idées, informations, modes d'emploi, concepts, principes, décisions de justice, décisions administratives, chants populaires, contes populaires, proverbes et statistiques générales. En dehors de ces exceptions, le droit d'auteur s'applique pour toute oeuvre littéraire, scientifique ou artistique qui constitue une création originale et intellectuelle.

2.5 Titularité du droit d'auteur

En règle générale, la titularité initiale du droit d'auteur est octroyée à l'auteur d'une oeuvre. L'article 2 (b) définit l'auteur comme personne qui a créé l'oeuvre. Toutefois, le sens du mot auteur peut, dans certains cas exceptionnels, varier selon la situation dans laquelle une oeuvre a été créée. L'article 6 (2) envisage cinq cas où le droit revient à une personne physique ou morale autre que le créateur proprement dit : (a) dans le cas d'une oeuvre conjointe conçue sous la direction ou la supervision d'une personne physique ou morale : la personne physique ou morale sous la direction ou la supervision de laquelle l'oeuvre a été réalisée ; (b) dans le cas d'une oeuvre de commande : la personne ou l'institution qui a commandé l'oeuvre ; (c) dans le cas d'une oeuvre anonyme : l'éditeur, tant que l'identité de l'auteur n'a pas été révélée preuves à l'appui ; (d) dans le cas d'oeuvres audiovisuelles : leur producteur, sauf stipulation contractuelle en sens contraire ; (e) dans le cas d'une oeuvre conjointe : les coauteurs. Dans ce dernier cas, si l'oeuvre est divisée en chapitres où l'on peut distinguer et utiliser séparément les contributions de chacun, chaque auteur touchera des droits sur sa propre contribution.

2.6 Cession

Le chapitre 5, relatif à la cession du droit d'auteur, est très bref. Il ne contient qu'un article (l'article 24). Aux termes de celui-ci, le propriétaire peut transmettre ses droits patrimoniaux intégralement ou partiellement sans nécessairement spécifier aucune condition, ou accorder une licence sur ces droits. L'article affirme toutefois que cette cession doit se faire par contrat écrit mais il ne contient aucune disposition spécifiant les modes de cession.

2.7 Durée de la protection

En ce qui concerne la durée de la protection, le droit népalais, à l'instar du droit allemand et de la législation des pays nordiques⁹, ne fait pas de distinction entre les droits moraux et les droits patrimoniaux ; elle accorde la même période de protection aux deux catégories de droits. La protection s'étend généralement à toute la vie, plus une période de 50 ans après la mort. Cependant, cette période de protection varie en fonction des oeuvres comme suit : (a) dans le cas des oeuvres conjointes : cinquante ans après la mort du dernier auteur survivant ; (b) dans le cas d'oeuvres élaborées sous la direction ou la supervision d'une personne physique ou morale : 50 ans après la date de la première publication ou la date de la première diffusion publique, selon ce qui a eu lieu en premier ; (c) dans le cas d'oeuvres anonymes ou pseudonymes : 50 ans après la date de la première publication ou la date de la première diffusion publique, selon ce qui a eu lieu en premier ; (d) dans le cas d'ouvrages d'art appliqués et d'oeuvres photographiques, 25 ans après la date de leur

⁹ Voir Lipszyc, Delia, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, UNESCO, 1997, p. 249 : "En Allemagne et dans les pays nordiques, on considère que lorsque les droits d'ordre patrimonial sont éteints, le droit moral cesse de relever du droit privé ; dès lors, il s'agit de préserver le patrimoine culturel dans l'intérêt du public".

création ; (e) dans le cas d'une oeuvre publiée après la mort de son auteur, 50 ans après la date de sa publication.

2.8 Limitations et exceptions

Au chapitre 4, les articles 16 à 23 traitent amplement des questions de limitation et d'exemption de protection du droit d'auteur. A la différence de ce qui se passe dans le système anglo-saxon, où les limitations et exemptions statutaires sont complétées par la doctrine dite de « l'usage loyal » ou de « l'acte loyal », la loi népalaise, comme les législations qui s'inscrivent dans la tradition juridique continentale, a simplement choisi de prévoir des exemptions statutaires permettant aux utilisateurs de faire de brèves citations ou reproductions de publications protégées à des fins spécifiques sans l'autorisation des titulaires de droits. En gros, ces exemptions concernent les utilisations à des fins de recherche, d'enseignement, de citation, d'utilisation privée, ainsi que le tirage de copies uniques pour utilisation en bibliothèque et dans des archives. Ces possibilités de libre utilisation sont cependant pour la plupart concédées sous réserve de ne pas nuire aux droits patrimoniaux du titulaire du droit qui doit pouvoir exploiter ses oeuvres.

2.8.1 Utilisation privée

Le paragraphe 1 de l'article 16 autorise la reproduction d' « une partie » d'une oeuvre publiée pour utilisation privée. Cependant, la reproduction d'une « partie substantielle » de l'oeuvre est autorisée sous réserve de ne pas être préjudiciable aux droits patrimoniaux de l'auteur ou du titulaire des droits. Le paragraphe 2 de l'article 16 interdit par exemple de reproduire la conception architecturale d'un bâtiment ou d'autres éléments de construction, ou de reproduire un passage important d'un livre, de reproduire des oeuvres musicales sous la forme de partitions ou de reproduire une partie importante ou l'intégralité d'une base de données sous forme de transcription numérique, d'une manière préjudiciable aux droits patrimoniaux de l'auteur ou du titulaire du droit d'auteur.

Néanmoins, on ne comprends pas bien si cette restriction vise la deuxième et la troisième étape du triple test¹⁰ prévu à l'article 9 (2) de la Convention de Berne, libellé comme suit : « ... pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur¹¹ ». L'absence de tout libellé correspondant au troisième test laisse entendre qu'il suffit de respecter la deuxième étape pour ne pas commettre d'atteinte au droit d'auteur. Dans ce cas, les conditions imposées pour la libre

¹⁰ On parle souvent de « triple test » ou « triple critère » à propos de l'article 9 (2) de la Convention de Berne. Selon Ficsor (*The Law of Copyright and the Internet*, Oxford, 2002, p. 284-287, 516), la première étape exige qu'une exception ou limitation constitue un cas particulier, quand il y a usage spécifique. Elle doit être bien définie et pouvoir être justifiée par des considérations d'intérêt général claires. La deuxième étape stipule qu'une exception ou limitation ne doit pas entrer en conflit avec l'exploitation normale des oeuvres protégées. Cela signifie que toute utilisation libre ou toute exception ou limitation ne doivent pas entrer en concurrence économique avec l'exercice des droits de reproduction par les titulaires de droits. Quant au troisième test, il précise qu'une exception ou limitation ne doit pas porter un préjudice indu à l'intérêt légitime des titulaires de droits, c'est-à-dire que ce préjudice ne doit pas être incompatible avec une exploitation normale de l'oeuvre et doit être raisonnable, c'est-à-dire justifiable par des considérations d'intérêt général bien entendu.

¹¹ On trouve une restriction similaire à l'article 16 (2) du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996, libellé comme suit : "Les Parties contractantes doivent restreindre toutes les limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans le présent traité à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'interprétation ou exécution ou du phonogramme ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'artiste interprète ou exécutant ou du producteur du phonogramme".

utilisation de matériels protégés par le droit d'auteur aux termes de la loi népalaise sont moins strictes que celles prévues par la Convention de Berne.

On notera aussi les termes utilisés à l'article 16 (1) : « une partie » et à l'article 16 (2) : « un passage substantiel » d'un livre. Seul l'article 16 (2) stipule que la reproduction d'un contenu protégé ne doit pas porter préjudice aux droits patrimoniaux de l'auteur ou du titulaire du droit d'auteur. Si l'on compare ces deux dispositions, on s'aperçoit que la loi népalaise ne fait pas de distinction entre "une partie" ou « un passage substantiel » fondée sur un critère autre que la quantité empruntée. On peut en inférer sans risque d'erreur que tout emprunt, quelle qu'en soit la qualité, ne sera pas considéré comme une violation du droit d'auteur s'il s'agit d'un extrait qui ne représente qu'une petite partie du texte original.

C'est peut-être pourquoi l'article 16 (1) ne prévoit aucune restriction, à la différence de l'article 16 (2) qui parle d'emprunt ou de reproduction « substantielle ». Il semble donc que la loi considère qu'il va de soi que seul l'emprunt de portions « substantielles » de l'oeuvre peut porter atteinte aux droits patrimoniaux du détenteur du droit, d'où l'inclusion de la clause restrictive à l'article 16 (2).

Si la quantité ou le volume est le seul critère de la libre utilisation d'une oeuvre, la question se pose de savoir quelle portion de l'original constitue une « partie » ou une « partie substantielle », ce que la loi n'explique pas. Selon les termes de l'article 16 (2), il apparaît que même l'emprunt ou la reproduction d'une partie substantielle de l'oeuvre ne constitue pas une violation du droit d'auteur tant qu'elle ne porte pas atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur ou du propriétaire du droit.

Il est toutefois admis que, en matière de droit d'auteur, l'importance de l'emprunt n'est pas déterminée simplement par la quantité ou le volume de celui-ci. La qualité de l'emprunt doit également être prise en compte. Dans certains cas, la reproduction d'un court extrait peut donner lieu à une atteinte au droit d'auteur alors que dans d'autres cas l'emprunt de tout un passage peut être considéré comme usage loyal. Etant donné que la notion de « qualité » est tributaire de plusieurs facteurs, l'idée à la base de « l'importance » du passage emprunté rappelle par certains côtés la doctrine américaine de « l'usage loyal », où ce qui détermine l'utilisation faite d'une oeuvre dans un cas particulier est un ensemble de facteurs ou critères prévus par la loi¹².

Ces critères sont critiquables¹³. Dans le contexte népalais, ces questions se poseront nécessairement à mesure que l'application de la nouvelle loi suscitera une jurisprudence.

2.8.2 Enseignement et illustration

La loi prévoit une exception pour les utilisations d'oeuvres dans l'enseignement, à condition que ces utilisations ne portent pas atteinte aux droits économiques de l'auteur ou du détenteur du

¹² Les quatre critères ou facteurs à prendre en compte pour déterminer s'il y a usage loyal du droit d'auteur aux termes de l'article 107 de la loi américaine sur le droit d'auteur sont les suivants :

- le but et le caractère de l'usage, notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives ;
- la nature de l'oeuvre protégée par le droit d'auteur ;
- le volume et l'importance du passage utilisé par rapport à l'ensemble de l'oeuvre protégée ;
- l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'oeuvre protégée ou sur sa valeur.

¹³ Voir Leon E. Seltzer, "Exemptions and Fair Use in Copyright", Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1978, p. 18 à 23. Seltzer fait observer que, dans la loi, "il n'y pas la moindre indication sur la hiérarchie des priorités à prendre en compte dans l'application des quatre facteurs à considérer".

droit d'auteur. Les utilisations autorisées telles que stipulées à l'article 18 (1), concernent la reproduction de courts extraits d'une oeuvre sous forme d'illustration, de texte (publication) ou d'enregistrement audiovisuel. L'exception porte également sur la reproduction, la transmission et l'exposition de certaines parties d'oeuvres à des fins d'enseignement en classe. Une exception est toutefois faite pour les citations d'ouvrages publiés aux termes de l'article 17. Mais dans les cas d'utilisations de ce type, le titre de l'ouvrage et le nom de l'auteur doivent être indiqués.

2.8.3 Utilisation en bibliothèque et dans les archives

Les bibliothèques publiques et archives sans but lucratif qui proposent des documents à des particuliers pour des travaux de recherche et des études privées peuvent, aux termes de l'article 19, faire une reproduction unique de n'importe quelle oeuvre en leur possession qui a été perdue ou endommagée, ou s'il s'agit d'une oeuvre qui ne peut être acquise.

2.8.4 Reproduction à des fins d'information

L'article 20 de la loi népalaise traite de façon approfondie la question de l'exception accordée pour la reproduction, la radiodiffusion et la communication au public d'une oeuvre à des fins d'information. Dans ces cas, l'exception est conditionnée par l'obligation de mentionner le titre de l'oeuvre et le nom de son auteur. L'alinéa (a) de l'article 20 permet la reproduction par des journaux et périodiques ainsi que la radiodiffusion ou la communication au public d'articles publiés dans des journaux ou périodiques sur des questions politiques ou religieuses et d'émissions radiodiffusées de même nature. Cette disposition est directement tirée de l'article 10 bis (1) de la Convention de Berne. La loi dispose que la reproduction, radiodiffusion ou communication au public ne doit pas porter atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur ou du propriétaire du droit d'auteur.

La libre reproduction, radiodiffusion ou communication au public est autorisée aux termes de l'alinéa (b) de l'article 20 pour rendre compte d'événements d'actualité ou illustrer un événement. De même, l'alinéa (c) du même article permet la reproduction, la radiodiffusion ou la communication au public pour rendre compte d'événements d'actualité, ou citer des nouvelles ou comptes rendus d'audience publiés dans quel que journal ou périodique régulier que ce soit.

Cependant, conformément au paragraphe 2 de l'article 20, la reproduction, la radiodiffusion ou la communication au public prévues à l'article 20 ne sont pas autorisées lorsque l'auteur s'est expressément réservé le droit de reproduction, radiodiffusion ou communication au public.

2.8.5 Exposition publique

L'article 23 dispose que toute personne est libre d'exposer publiquement l'original d'une oeuvre ou sa copie sans l'autorisation de l'auteur ou du propriétaire du droit d'auteur. Cette exposition doit se faire sans recours au cinématographe, à la télévision, aux diapositives, écrans ou autres systèmes mécaniques.

2.8.6 Reproduction de programmes informatiques

L'article 21 autorise la libre reproduction en un exemplaire unique d'un programme informatique au cas où cette reproduction est nécessaire pour utiliser le programme ou pour disposer d'une copie de sauvegarde, ou encore lorsqu'un programme informatique acquis licitement a été perdu, détruit ou rendu inutilisable.

2.9 Atteinte au droit d'auteur

L'article 25 de la loi népalaise sur le droit d'auteur définit les actes qui constituent des violations du droit d'auteur. Selon l'article 25 (1) a, la reproduction, avec ou sans profit économique, d'oeuvres ou de phonogrammes à des fins de vente ou de distribution ou à toute autre fin, leur communication au public ou leur location sans l'autorisation du détenteur du droit ou - en cas d'accord de licence - en violation des termes de celui-ci et des conditions qui y sont spécifiées, constituent une violation du droit d'auteur.

Aux termes de l'article 25 (1) e, l'importation, la production ou la location de matériel et de dispositifs conçus ou produits en vue de contourner une mesure technologique de protection contre la reproduction illégale d'oeuvres protégées constituent une atteinte au droit d'auteur. De même, la production ou l'importation de matériel qui permet de visionner, ou aide à visionner, des émissions codées constituent une infraction aux termes de l'article 25 (1) f.

L'article 26 interdit l'importation, à des fins commerciales, de copies d'oeuvres protégées et de phonogrammes fabriqués dans un autre pays et qui, si elles avaient été fabriquées au Népal, auraient été des contrefaçons. L'article 23 prévoit toutefois une exception, qui permet d'importer des copies uniques à des fins privées sans l'autorisation du détenteur du droit d'auteur.

L'emploi de l'expression « utilisation commerciale » à l'article 26 à propos de la restriction apportée à l'importation de copies non autorisées est à ce point imprécis qu'on pourrait en inférer que l'importation de copies non autorisées à des fins autres que commerciales serait licite et ne constituerait donc pas une atteinte au droit d'auteur.

Cependant, étant donné que la loi ne définit nulle part « utilisation commerciale », on peut tout aussi bien soutenir le contraire. L'importation de copies multiples non autorisées, quelle qu'en soit l'utilisation ou le but, peut être considérée comme de nature commerciale dans la mesure où elle fausse le marché local et réduit la demande éventuelle de l'oeuvre en question. La mévente qui résulte de cette importation privera le titulaire légitime du droit d'auteur d'un bénéfice important et l'on peut donc considérer cette importation comme une atteinte au droit d'auteur.

De surcroît, si l'on interprète l'article 26 à la lumière de l'article 22, qui autorise l'importation d'un exemplaire unique pour l'utilisation privée de l'importateur, il n'est pas nécessaire de mentionner « utilisation commerciale ». Dès lors, l'expression ne sert à rien. En revanche, l'article 26 peut utiliser en toute sûreté des expressions telles que « quelle que soit l'utilisation ou le but » ou « quelle que soit l'utilisation ou « utilisation commerciale ou autre ».

A propos des problèmes d'importation de copies non autorisées, une autre question se pose : celle des importations parallèles et de l'épuisement des droits ; malheureusement, ces points ne sont pas abordés dans la loi. Par exemple, elle ne définit pas clairement si l'autorisation du titulaire du droit est nécessaire avant toute importation au Népal d'un produit ou d'une oeuvre fabriqués par lui ou fabriqués, avec son consentement, dans un autre pays. Sur ce point, l'article 26 semble laisser entendre que l'importation de copies de ce type serait considérée comme non autorisée, alors que la reproduction non autorisée aurait constitué une infraction si elle avait été faite au Népal. Il s'ensuit donc que toutes les copies fabriquées ou mises en circulation par le détenteur du droit ou avec son consentement, sont des copies licites et qu'elles peuvent donc être légalement importées sans le consentement du titulaire du droit.

Dans l'hypothèse où l'interprétation de l'article 26 qui vient d'être donnée est juste, on peut en conclure que les titulaires de droits d'auteur ne pourront pas interdire les importations parallèles de copies de leurs oeuvres ou de produits en provenance d'un autre pays où ils ont été licitement

fabriqués ou commercialisés avec leur consentement. Fondamentalement, ceci implique également qu'il y a épuisement des droits puisque le titulaire ne peut pas exercer ses droits sur la diffusion ou la revente des copies de ses oeuvres une fois que celles-ci ont été commercialisées avec son consentement.

2.10 Recours en cas d'atteinte au droit

Les articles 27 à 29 et l'article 36 prévoient des recours civils et des sanctions pénales. Parmi les recours civils figurent l'ordonnance d'injonction (article 36) et le dédommagement par le défendeur (article 27 (2)). Entre autres sanctions pénales, la loi prévoit une amende minimale de 10.000 Rs (soit environ 130 dollars des Etats-Unis d'Amérique), qui peut s'élever jusqu'à 100.000 Rs (soit 1.300 dollars) ou à six mois de prison, ou l'un et l'autre, en cas de première infraction. La pénalité est doublée en cas de récidive et entraîne la confiscation du corps du délit et du matériel utilisé pour sa reproduction.

2.11 Application de la loi

La loi confère aux autorités policières le pouvoir de rechercher et saisir les copies frauduleuses. C'est ce que prévoit l'article 32 (1), qui dispose qu'un titulaire de droit qui soupçonne que son oeuvre a été ou est susceptible d'être reproduite en violation de l'article 25¹⁴ peut déposer une plainte auprès d'un fonctionnaire de police pour obtenir l'ouverture d'une enquête. Après avoir enregistré la plainte, le fonctionnaire de police doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher que des contrefaçons soient vendues ou distribuées et, le cas échéant, pour rechercher et saisir les contrefaçons.

L'article 32 (2) dispose en outre que les matériels et équipements utilisés pour produire les contrefaçons peuvent également être saisis. On ne voit pas bien si un mandat est nécessaire pour procéder à la recherche et à la saisie des contrefaçons. Le plus probable est toutefois qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un mandat étant donné que, dans la plupart des cas, toute perte de temps peut rendre possible la soustraction ou la destruction des éléments de preuve¹⁵. La loi stipule que les objets saisis doivent être détruits si le tribunal en a ordonné la confiscation. Selon la nouvelle loi, le fonctionnaire de police chargé des enquêtes en matière de droit d'auteur doit avoir le rang d'inspecteur.

L'article 37 prévoit des mesures pour prévenir l'importation de copies non autorisées. Il dispose que les fonctionnaires des douanes ont le droit de suspendre la mise en circulation de copies non autorisées pendant une période de 10 à 20 jours ouvrables. Selon l'article 31 (1), un détenteur de droits qui soupçonne que des copies non autorisées vont être importées en violation de l'article 26¹⁶ peut demander par écrit aux services des douanes de suspendre l'importation de ces copies. S'il estime que cette demande est raisonnable après avoir effectué l'enquête nécessaire, le

¹⁴ L'article 25 porte exclusivement sur les actes constitutifs de l'atteinte au droit d'auteur.

¹⁵ Voir l'article 52 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose que "les autorités judiciaires seront habilitées à adopter des mesures provisoires sans que l'autre partie soit entendue dans les cas où cela sera approprié, en particulier lorsque tout retard est de nature à causer un préjudice irréparable au détenteur du droit ou lorsqu'il existe un risque démontrable de destruction des éléments de preuve".

¹⁶ L'article 26 interdit d'importer au Népal à des fins commerciales des copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur réalisées dans un autre pays et qui, si elles avaient été réalisées au Népal, constitueraient une atteinte au droit d'auteur sur cette oeuvre.

fonctionnaire des douanes peut suspendre la mise en circulation de ces copies pendant une période qui ne dépasse pas 20 jours ouvrables (article 30 (2)).

La sanction prévue à l'article 28 pour l'importation non autorisée de matériels constituant une atteinte au droit d'auteur comprend la confiscation des copies importées, une amende qui peut s'élever à 100.000 Rs (environ 1.300 dollars) et le dédommagement du titulaire du droit d'auteur.

Malheureusement, la loi népalaise ne prévoit rien pour empêcher l'abus éventuel de ces dispositions aux fins de nuire au commerce légitime. L'Accord sur les ADPIC prévoit de telles dispositions¹⁷.

2.12 Sociétés de gestion collective

La loi a levé l'obligation de licence et prévoit la création de sociétés de gestion collectives autonomes, chacune chargée d'administrer les droits relatifs à une catégorie donnée d'oeuvres. C'est un système sans précédent dans la législation népalaise en matière de droit d'auteur. La loi habilite le Conservateur des droits à superviser les activités de chaque société de gestion. On peut penser que la mise en place de sociétés de gestion collective, élément essentiel de l'exécution de la loi sur le droit d'auteur, risque d'être extrêmement difficile au Népal. Les recettes de l'exploitation commerciale des oeuvres protégées seront sans doute fort modiques étant donné la faible ampleur du marché du droit d'auteur et l'utilisation limitée des matériels protégés par le droit d'auteur. Comme le montre l'expérience de la plupart des pays, la période de lancement d'une société de gestion collective est habituellement difficile puisque les coûts administratifs sont extrêmement élevés, l'emportant parfois sur les recettes. S'ajoutent à ces frais les dépenses que la société de gestion peut avoir à engager à ses débuts pour faire face à de nombreux litiges étant donné qu'au début la plupart des utilisateurs répugnent à payer pour utiliser des oeuvres protégées, obligeant ainsi la société de gestion à les poursuivre en justice¹⁸. C'est la raison pratique pour laquelle, dans un premier temps, il ne sera peut-être pas possible de créer au Népal des sociétés de gestion collective à moins qu'elles ne puissent compter sur des subventions publiques suffisantes. Néanmoins, le droit d'auteur étant un droit essentiellement privé, la responsabilité de son administration devrait être en fin de compte laissée à des organes privés, dont le fonctionnement devrait être dûment réglementé. Telle est habituellement la pratique dans les pays à économie de marché.

¹⁷ Selon l'article 53 de l'Accord sur les ADPIC, "les autorités compétentes seront habilitées à exiger du requérant qu'il constitue une caution ou une garantie équivalente suffisante pour protéger le défendeur et les autorités compétentes et prévenir les abus. Cette caution ou garantie équivalente ne découragera pas indûment le recours à ces procédures". L'article 56 de l'Accord dispose aussi que "les autorités pertinentes seront habilitées à ordonner au requérant de verser à l'importateur, au destinataire et au propriétaire des marchandises un dédommagement approprié en réparation de tout dommage qui leur aura été causé du fait de la rétention injustifiée de marchandises ou de la rétention de marchandises mises en circulation conformément à l'article 55". En outre, en application des articles 53 et 56 de l'Accord sur les ADPIC, les requérants peuvent être tenus de déposer une caution, et si aucune infraction à la loi n'est constatée, de dédommager les propriétaires des marchandises pour tout tort causé. Organisation mondiale du commerce (OMC), *"Guide to the Uruguay Round Agreements"*. La Haye, Pays-Bas, Kluwer Law International, 1999, p. 219.

¹⁸ Tiang, Ang Kwee, *"The Role and Significance of Collective Management of Copyright and Related Rights"*, intervention faite lors du Séminaire régional pour l'Asie de l'OMPI sur la modernisation du système de propriété intellectuelle dans les pays les moins avancés, 16-18 mai 2000, Katmandou.

3. Conclusion

On peut regretter que, bien que deux années aient été consacrées à l'élaboration et à la mise en oeuvre de la loi, certaines de ses dispositions restent insuffisantes et d'autres demeurent peu claires. Par exemple, elle ne contient aucune disposition relative aux atteintes aux droits moraux. De surcroît, bien que son préambule en fasse un objectif déclaré¹⁹, la loi ne tient pas compte de certains problèmes cruciaux que posent les progrès techniques - la technologie numérique, par exemple - qui ont un impact sensible sur le droit d'auteur.

Une lecture attentive et critique du texte révèle de nombreuses omissions et défauts, qui, dans une grande mesure, n'existent que parce que le droit d'auteur n'a jamais été appliqué auparavant au Népal. Cette nouvelle loi sera sans doute la première loi népalaise sur le droit d'auteur citée devant un tribunal. Parce qu'elle sera de plus en plus utilisée et invoquée dans des affaires comportant toutes sortes de problèmes dans toutes sortes de situations, elle mûrira petit à petit et gagnera avec le temps en finesse et en perfection, devenant aussi plus cohérente et fiable. En attendant, la *lex scripta* restera en grande partie incomplète et ses défauts et insuffisances passeront simplement inaperçus, jusqu'à ce que survienne la nécessité de se prononcer dans des litiges ou des contentieux, ou face à ce qui se passe actuellement sur « le marché ».

Bien que correctement rédigée et conçue, la loi ne pourra guère donner la preuve de sa crédibilité tant que des mécanismes adéquats de mise en oeuvre n'auront pas été créés. Son succès sera en grande partie tributaire de la capacité des juges d'en donner une interprétation rationnelle et ingénieuse ; il faudra aussi que les tribunaux et autorités administratives l'appliquent de façon appropriée. Malheureusement, les juges et avocats népalais n'ont pas une connaissance suffisante du droit de la propriété intellectuelle, n'ayant jamais eu l'occasion d'être sollicités dans des affaires de ce type. Face à une telle situation et sans compter que d'autres problèmes se posent tels que la sensibilisation insuffisante de l'opinion aux questions de droit d'auteur, les difficultés d'accès aux œuvres protégées et les tarifs inabordables, il semble donc que le Népal ait encore beaucoup à faire pour parvenir à élaborer et mettre en place un régime de droit d'auteur solide. Le voyage ne fait que commencer !

¹⁹ Il est dit dans le préambule de la nouvelle loi que l'objectif de la nouvelle législation est d'actualiser les dispositions en vigueur en matière de droit d'auteur.

DEVELOPPEMENTS JURIDIQUES

Le Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, de l'OMPI, se réunit dans le cadre de son nouveau mandat

Du 15 au 19 mars 2004, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, de l'OMPI, a tenu sa 6^e session au siège de cette organisation à Genève. C'est la première fois que le Comité intergouvernemental se réunissait depuis que son mandat avait été reconduit par l'Assemblée générale de l'OMPI en octobre 2003. S'appuyant sur les résultats des sessions précédentes, les membres du Comité ont décidé de procéder à une évaluation plus concrète des options de politique générale proposées pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles¹.

Pendant des générations, les savoirs traditionnels – qu'il s'agisse de la médecine, de l'agriculture ou de l'écologie – ainsi que les expressions culturelles traditionnelles – musiques, contes, dessins et modèles traditionnels – se sont développés dans le cadre du droit coutumier. Ils constituent bien souvent une dimension importante de la culture qui leur a donné naissance. Aujourd'hui, de nombreuses communautés locales et autochtones s'inquiètent de voir que leur patrimoine fait l'objet d'une exploitation commerciale croissante sans que leurs intérêts culturels et économiques soient dûment respectés.

Le Comité intergouvernemental a été créé en octobre 2000 par l'Assemblée générale de l'OMPI, qui lui a assigné pour mandat d'examiner les questions relatives à la propriété intellectuelle. Pour ce faire, le Comité s'appuie notamment sur des initiatives menées conjointement avec l'UNESCO, telles que celle qui a abouti à l'adoption en 1982, par l'OMPI et l'UNESCO, des dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables². Les travaux réalisés par le Comité intergouvernemental ces trois dernières années – collecte d'informations, analyses et échange de données d'expériences concrètes – sont exposés dans plus de 80 documents de travail établis par le Secrétariat de l'OMPI³.

Ces études mettent en évidence le caractère transversal d'une thématique qui ne cadre pas toujours avec les catégories traditionnelles du droit relatif à la propriété intellectuelle. Par ailleurs, le Comité n'a cessé d'insister sur la nécessité d'une coopération avec les autres initiatives

1 Voir le communiqué de presse de l'OMPI à l'adresse suivante :

http://www.wipo.int/edocs/prdocs/fr/2004/wipo_pr_2004_378.html

2 UNESCO/WIPOFOLK/CGE/I6, Annexe 1. Publié dans la Revue de l'OMPI, *Le droit d'auteur*, 1982, pages 282 et suivantes et dans le *Bulletin du droit d'auteur*, de l'UNESCO, vol. XVI, n°4, 1982, pages 62 et suivantes.

3 Voir : <http://www.wipo.int/tk/fr/index.html>

internationales, notamment les activités de l'UNESCO ayant trait à la diversité culturelle et à la créativité humaine. Tout récemment, la Conférence générale de l'UNESCO a adopté à sa 32e session, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel⁴. La protection des savoirs traditionnels et des folklores fait également l'objet de débats dans le cadre de la Conférence des États parties à la Convention sur la diversité biologique et au sein d'autres organisations internationales telles que la CNUCED, l'OMS et la FAO.

Le Comité a réaffirmé sa volonté d'associer plus étroitement les groupes locaux et autochtones à ses travaux. Quelque 93 ONG sont accréditées spécialement en tant qu'observateurs auprès du Comité ; nombre d'entre elles représentent les intérêts des communautés locales et d'autres détenteurs de savoirs traditionnels. Cependant, à ce jour, aucun accord n'a été conclu sur la mise en place d'un fonds destiné à aider ces groupes à assumer la charge financière que représente, pour beaucoup d'entre eux, la participation aux travaux du Comité.

Différentes questions de fond ont été soulevées ; deux documents ont notamment été présentés récapitulant les conclusions antérieures du Comité intergouvernemental sur les options possibles de politique générale et des aspects juridiques. Les solutions envisagées par le Comité comprennent aussi bien l'application ou l'adaptation des droits de propriété intellectuelle en vigueur - législation sur le droit d'auteur ou droit des brevets, entre autres - que l'introduction d'un droit *sui generis* distinct. Certains orateurs ont fait valoir en outre que l'approche retenue, quelle qu'elle soit, devrait peut-être être complétée par des mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle et portant notamment sur la documentation et la préservation. Le comité a souligné que la formulation de la problématique et la nature des droits accordés étaient fondamentalement fonction de la finalité globale du système de protection à mettre en place. Les représentants des groupes autochtones et locaux ont demandé que le droit coutumier soit davantage pris en compte.

D'autres sujets ont également été abordés : l'élaboration de principes directeurs pour les contrats régissant l'accès et le partage des avantages, les mesures de protection défensive, les exigences relatives à la divulgation d'informations, ainsi que la dimension internationale des initiatives menées dans tel ou tel de ces domaines. Des informations générales ont été fournies, entre autres, dans une étude de cas portant sur les efforts faits en Australie pour exploiter au profit des aborigènes le régime de propriété intellectuelle en vigueur, les mesures effectivement prises dans ce sens ainsi que les enseignements tirés tant sur le plan juridique que de l'action concrète.

Le Comité intergouvernemental a souligné que dans le cadre de son nouveau mandat, il n'exclurait aucune conclusion, notamment la possibilité d'élaborer un instrument international. Reste à voir dans quelle mesure une telle perspective peut être considérée comme réaliste. Dans l'immédiat, le Comité a commissionné des études visant à affiner les objectifs de politique générale et les principes de base en matière de protection, ainsi qu'un état de lieux plus précis des mécanismes juridiques y afférents.

⁴ On trouvera des informations complémentaires sur la page d'accueil du Secteur de la Culture de l'UNESCO à l'adresse suivante :
http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=2225&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
Le texte de la Convention a été distribué lors de la réunion du Comité intergouvernemental.

DEVELOPPEMENTS JURIDIQUES

La Convention internationale du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité avant son entrée en vigueur

Le 18 mars 2004, la Lituanie a ratifié la Convention internationale sur la cybercriminalité¹, ce qui permettra l'entrée en vigueur de cet instrument le 1er juillet 2004. La Convention et son rapport explicatif avaient été adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe à sa 109e session (8 novembre 2001). La Convention avait été ouverte à la signature à Budapest le 23 novembre 2001, à l'issue de la Conférence internationale sur la cybercriminalité. Pour que la Convention entre en vigueur, elle devait être ratifiée par cinq États, dont trois au moins, doivent être membres du Conseil de l'Europe.

Cette Convention est le premier traité international portant sur les crimes commis par le biais de l'Internet et des autres réseaux informatiques ; elle traite en particulier des atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins. Elle vise à l'élaboration d'une politique pénale commune dans le domaine de la cybercriminalité. L'un de ses principaux objectifs est l'harmonisation des législations pénales nationales. De surcroît, les États contractants sont tenus d'adopter au plan national les mesures nécessaires en matière de procédure pour permettre l'ouverture d'une enquête et de poursuites en cas d'infractions commises au moyen d'un système informatique. Enfin, un dispositif efficace de coopération internationale est prévu.

Le texte de la Convention a été élaboré par un organe expressément mis en place à cette fin, le Comité d'experts sur la criminalité dans le cyberspace. Ce comité se composait d'experts des États adhérant au Conseil de l'Europe, mais aussi d'experts des États-Unis, du Canada, du Japon et d'autres pays qui ne sont pas membres de cet organisme. En conséquence, la Convention est ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe et des États non membres qui ont participé à son élaboration. Les autres États non membres peuvent adhérer à la Convention sur invitation, moyennant l'accord de tous les États contractants.

La section 1 du chapitre II spécifie les actes que les États signataires sont tenus d'ériger en infraction pénale en vertu du droit interne. Il faut souligner que la Convention emploie une formulation neutre en ce qui concerne les technologies, de façon que la criminalisation puisse s'appliquer tant aux technologies actuelles qu'aux technologies susceptibles d'être utilisées à l'avenir. Neuf infractions, qui font l'objet des titres 1 à 4, sont définies : accès illégal, interception illégale, atteinte à l'intégrité des données, atteinte à l'intégrité du système, abus de dispositifs,

¹ Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité, STCE n° 185.

falsification informatique, fraude informatique, infractions se rapportant à la pornographie infantile et infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes².

En vertu de ces dernières dispositions, les États contractants sont tenus de criminaliser les atteintes délibérées à la propriété intellectuelle et aux droits connexes. Le comité de rédaction a considéré que ces délits constituaient l'une des formes les plus répandues de la criminalité liée à l'informatique. Toutefois, le droit d'auteur et les droits connexes sont définis en vertu de la législation de chaque État contractant et conformément aux obligations qu'il a souscrites en application de certains instruments internationaux. Il s'ensuit que la Convention du Conseil de l'Europe n'énonce aucune obligation en ce qui concerne la portée de la protection accordée par le droit d'auteur et les droits connexes. De plus, un pays n'est pas tenu d'appliquer les critères résultant d'accords auxquels il n'est pas partie³. En tout état de cause, la protection ne s'étend pas au droit moral que pourraient conférer les instruments cités (ainsi dans l'article 6 bis de la Convention de Berne et l'article 5 du Traité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle).

La section 2 du chapitre II traite des mesures à prendre au plan national en matière de procédure aux fins d'enquête pénale. Toutes ces mesures visent à permettre l'obtention ou la collecte de données. Les pouvoirs et procédures qui font l'objet des titres 2 à 5 sont les suivants : conservation rapide de données informatiques stockées ; conservation et divulgation rapides de données relatives au trafic ; injonction de produire ; perquisition et saisie de données informatiques stockées ; collecte en temps réel de données informatiques ; interception de données relatives au contenu. En préambule, le titre 1 énonce les conditions et sauvegardes applicables à ces pouvoirs et procédures, notamment les droits découlant d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et le principe de proportionnalité. La détection de toute atteinte à la propriété intellectuelle est donc subordonnée à ces conditions.

Le chapitre III porte sur l'extradition et l'entraide entre les parties. Il contient une disposition prévoyant la mise en place d'un réseau 24/7 ; aux termes de cette disposition, chaque État contractant est tenu de désigner un point de contact joignable 24 heures sur 24, sept jours sur sept afin d'assurer la fourniture d'une assistance immédiate pour les investigations et les procédures. Une telle disposition se justifie étant donné le caractère transfrontière des atteintes à la propriété intellectuelle et des autres infractions commises par le biais de l'Internet qui entrent réellement en conflit avec le principe de territorialité de la loi pénale.

Parmi les 30 pays qui ont signé à ce jour la Convention, 27 sont membres du Conseil de l'Europe (Albanie, Allemagne, Arménie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, Espagne, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Moldova, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Turquie

² Un protocole additionnel sur l'incrimination de la propagande à caractère raciste et xénophobe diffusée par le biais des réseaux informatiques complète la Convention. Le comité de rédaction n'ayant pas été en mesure de parvenir à un consensus sur l'incrimination de tels actes, il n'a pas été possible d'inclure une disposition dans ce sens dans le texte de la Convention.

³ Les instruments internationaux cités sont l'Acte de Paris du 24 juillet 1971 portant révision de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (Convention de Rome), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT).

et Ukraine). Les autres signataires sont le Japon, l'Afrique du Sud et les États-Unis, qui ont également participé à l'élaboration de la Convention.



ACTIVITES DE L'UNESCO

LANCEMENT D'UN SITE DEDIE AUX LOIS NATIONALES SUR LE DROIT D'AUTEUR

Le recueil des lois nationales sur le droit d'auteur est un site Internet qui présente à ce jour plus de 100 lois et est constamment complété et remis à jour. Il est consultable à l'adresse www.unesco.org/culture/copyrightlaws.

Son but est de fournir à toute personne intéressée par le droit d'auteur l'accès aux textes nationaux applicables en la matière.

Les lois nous ont été communiquées par les Etats membres, dans leur langue nationale, accompagnée d'une traduction officielle le cas échéant.

Ce recueil des lois nationales sur le droit d'auteur va prochainement être assorti d'un nouveau site consacré cette fois aux instruments internationaux relatifs au droit d'auteur.

SELECTION D'OUVRAGES

REINBOTHE, Jörg; von LEWINSKI, Silke. *The WIPO Treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty, Commentary and Legal Analysis*. Butterworths Lexis Nexis, Royaume-Uni, 2002, 581 pp. Cet ouvrage offre la première analyse approfondie et détaillée des documents de référence sur la protection internationale du droit d'auteur dans l'environnement numérique. Il s'adresse aux décideurs politiques et aux juristes dont la tâche est de transposer les dispositions 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) dans les législations nationales. Cette analyse constitue un outil pratique pour tous ceux dont l'activité professionnelle touche de près ou de loin au WCT ou au WPPT.

La première partie du chapitre 1 est consacrée à l'analyse historique des négociations relatives aux deux traités ainsi qu'à la description détaillée des pourparlers ayant entouré leur rédaction lors de la Conférence diplomatique de 1996 de l'OMPI.

Le chapitre 2 contient des commentaires exhaustifs, article par article, sur les traités y compris sur les « Déclarations communes ». Ces commentaires consistent à retracer l'historique des dispositions et à analyser de façon détaillée chaque disposition.

Le chapitre 3 présente sans nul doute un intérêt majeur, en particulier pour ceux qui n'ont pas participé aux négociations de la Conférence diplomatique de 1996. En effet, il donne un aperçu des dispositions ayant fait l'objet de débats préliminaires à la Conférence diplomatique, mais qui ont été écartées de la rédaction finale des Traités.

Le chapitre 4 s'inscrit dans une approche comparative des textes avec les traités antérieurs, permettant au lecteur de situer ces deux traités dans l'ordre juridique international.

ISBN: 0 406 896 690

SELECTION D'OUVRAGES

Patent, Trademark, and Copyright Regulations. James D. CROWNE (dir. publ.). Washington, D.C., BNA Books, A Division of the Bureau of National Affairs Inc. (BNA), supplément d'octobre 2003. Ce dernier supplément présente tous les changements apportés à la réglementation relative aux brevets, aux marques et au droit d'auteur, publiés dans le volume 37 du *Code of Federal Regulations* (C.F.R., Code des règlements fédéraux) pour la période du 1er juin 2003 au 15 octobre 2003.

Il rend compte des textes réglementaires régissant le système d'enregistrement des marques dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions du Protocole de Madrid ; de la réforme de la réglementation s'appliquant à la correspondance avec le Patent and Trademark Office (Office des brevets et des marques) et d'autres dispositions générales et des modifications introduites pour faciliter la mise en oeuvre du Plan stratégique pour le XXI^e siècle de l'Office des brevets et des marques américain. Ce nouveau supplément présente également les définitions des droits et conditions raisonnables applicables à l'exécution d'enregistrements sonores par des moyens numériques, les changements introduits pour assurer le suivi électronique des dossiers de dépôt officiel de demandes de brevets ; les modifications techniques apportées aux règles relatives à l'enregistrement des oeuvres architecturales et l'augmentation des redevances des brevets en fonction du coût de la vie.

Ce supplément offre une compilation commode à consulter en un seul volume de toutes les dispositions réglementaires relatives à la propriété intellectuelle contenues dans le volume 37 du C.F.R. et présente en outre d'autres textes ne figurant pas dans le volume 37 – déclarations de politique générale d'agences fédérales ; extraits de lois fédérales, du Federal Register (Journal officiel) et de la revue du BNA, Patent, Trademark & Copyright Journal ; renseignements indispensables sur les règles de procédure régissant les activités du Bureau des brevets et des marques, du Bureau du droit d'auteur et des commissions d'arbitrage sur les redevances en matière de droit d'auteur et des index exhaustifs facilitant la recherche d'informations de nature juridique. De plus, chaque supplément contient des résumés des nouveaux textes ou documents donnant un aperçu rapide de leur contenu.

Grâce à de fréquentes mises à jour, cet ouvrage est précieux pour tous les spécialistes en matière de propriété intellectuelle. De plus, sa présentation sous la forme d'un classeur à feuillets mobiles permet d'ajouter des pages nouvelles ou de remplacer celles qui ont été modifiées, si bien que le volume dans son ensemble est toujours actuel.

ISBN : 1-57018-426-7). Adresse Internet : www.bnabooks.com.

SELECTION D'OUVRAGES

Border Control of Intellectual Property Rights. Publié sous la direction du Prof. Michael Blakeney. Sweet & Maxwell, Londres, 2003.

Cette étude traite des mesures relatives au contrôle des frontières dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et de leur application dans les législations nationales. Sa présentation inédite, sous forme d'un classeur à feuillets mobiles, offre une étude complète des lois nationales et des législations administratives y afférentes. L'étude qui passe en revue chaque juridiction, examine également les systèmes introduits par les groupements régionaux tels que l'Union européenne, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et le MERCOSUR. Elle publie également la loi type promulguée par l'Organisation mondiale des douanes (OMD) afin d'aider les États à élaborer leurs législations nationales en matière de contrôle des frontières, en conformité avec les dispositions en vigueur dans l'Accord sur les ADPIC.

Cet ouvrage constitue un outil de travail fort utile aux spécialistes en la matière, à la fois dans le domaine de la loi sur la propriété intellectuelle et de la loi sur les douanes. Le contrôle des frontières étant un domaine relativement récent, la loi à cet égard ne pourra qu'évoluer. Le format de feuillets mobiles permettra une mise à jour commode des actes législatifs.

ISBN: 0421710004

SELECTION D'OUVRAGES

Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. Publié sous la direction de Silke von Lewinski. Kluwer Law International, Londres, 2003, 409 pp.

Cet ouvrage, auquel ont contribué de nombreux spécialistes chevronnés fait autorité pour tout ce qui concerne les questions concrètes et théoriques touchant à la protection de la propriété intellectuelle relative aux savoirs et ressources traditionnels, aux niveaux, national, régional et international. Après une introduction du Dr. Silke von Lewinski, l'étude trace un panorama général de l'état des lieux des savoirs et ressources des populations autochtones en matière de droit public international.

La troisième partie propose une analyse approfondie des questions fondamentales ayant trait aux savoirs traditionnels, aux ressources génétiques, aux noms et désignations appliquées aux populations autochtones et au folklore. Les différentes sections proposent, suivant le même schéma, une présentation des faits et une analyse de la situation juridique, y compris de la protection existante dans le cadre et hors du cadre de la loi sur la propriété intellectuelle.

Enfin, la quatrième partie, qui aborde les quatre questions relatives aux problèmes qui touchent les peuples indigènes d'un point de vue comparatif, contient des recommandations qui seront très utiles aux spécialistes et aux décideurs politiques, tant aux niveaux national qu'international. Cette étude est un outil indispensable pour tous ceux dont l'activité touche de près ou de loin à la protection du patrimoine autochtone.

ISBN 90-411-2218-4