

Le Droit d'Auteur

Revue de
L'ORGANISATION MONDIALE DE LA
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
(OMPI)

Paraît chaque mois
Abonnement annuel: fr.s. 75.—
Fascicule mensuel: fr.s. 9.—

87^e année - N° 4
AVRIL 1974

Sommaire

Pages

CONVENTIONS ADMINISTRÉES PAR L'OMPI

- Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la re-
production non autorisée de leurs phonogrammes
- Australie. Adhésion à la Convention 90
- Panama. Ratification de la Convention 90

CORRESPONDANCE

- Lettre de la République fédérale d'Allemagne (*seconde partie*) (Adolf Dietz) 91

CONVENTIONS NON ADMINISTRÉES PAR L'OMPI

- Protocole additionnel au Protocole à l'Arrangement européen pour la protection
des émissions de télévision 118

CALENDRIER

- Réunions organisées par l'OMPI 119
- Réunions de l'UPOV 120
- Réunions d'autres organisations internationales s'occupant de propriété intel-
lectuelle 120

© OMPI 1974

La reproduction des articles et des traductions de textes législatifs, publiés dans la présente revue, n'est autorisée qu'avec l'accord préalable de l'OMPI

CONVENTIONS ADMINISTRÉES PAR L'OMPI

**Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes
contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes****AUSTRALIE****Adhésion à la Convention**

Le Directeur général de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a informé les gouvernements des Etats invités à la Conférence diplomatique sur la protection des phonogrammes que, selon la notification reçue du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le Gouvernement du Commonwealth d'Australie avait déposé, le 12 mars 1974, son instrument d'adhésion à la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes.

En application des dispositions de l'article 11.2), la Convention entrera en vigueur, à l'égard du Commonwealth d'Australie, trois mois après la date de la présente notification, c'est-à-dire le 22 juin 1974.

Notification Phonogrammes N° 12, du 22 mars 1974.

PANAMA**Ratification de la Convention**

Le Directeur général de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a informé les gouvernements des Etats invités à la Conférence diplomatique sur la protection des phonogrammes que, selon la notification reçue du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le Gouvernement de la République du Panama avait déposé, le 20 mars 1974, son instrument de ratification de la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes.

En application des dispositions de l'article 11.2), la Convention entrera en vigueur, à l'égard de la République du Panama, trois mois après la date de la présente notification, c'est-à-dire le 29 juin 1974.

Notification Phonogrammes N° 13, du 29 mars 1974.

CORRESPONDANCE

Lettre de la République fédérale d'Allemagne

Adolf DIETZ *

(Seconde partie)

Evolution de la jurisprudence concernant la loi sur le droit d'auteur de 1965

Introduction

La loi sur le droit d'auteur du 9 septembre 1965 (appelée ci-après la loi de 1965) ¹ est, à l'exception de quelques dispositions applicables dès sa promulgation (cf. article 143 de la loi de 1965), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1966. La jurisprudence relative au droit d'auteur intervenue après cette dernière date n'a pu procéder dans tous les cas à l'application immédiate de la nouvelle loi car, selon les dispositions transitoires de la loi de 1965 (articles 129 et suiv.), certaines des anciennes dispositions continuèrent à être applicables. C'est en particulier le cas, selon l'article 132 de la loi de 1965, pour les contrats qui ont été conclus avant l'entrée en vigueur de celle-ci. Pourtant, dans la plupart des cas de cette nature, les tribunaux ont, au moins à titre de comparaison, fait état des nouvelles dispositions. Considérée dans son ensemble, la jurisprudence des années 1966 à 1972, période à laquelle est consacrée cette « Lettre », a donc pris position dans de nombreuses décisions interprétant la loi de 1965, l'a interprétée, a écarté le doute qui planait sur certaines questions, non sans soulever, d'ailleurs, de nouvelles questions dans certains cas.

Nous avons déjà indiqué, dans la première partie de cette « Lettre » ², que la loi de 1972 avait déjà apporté à la loi de 1965 des modifications importantes sur quelques points, tenant également compte des décisions rendues, en 1971, en matière de droit d'auteur, par la Cour fédérale constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*). Pour autant que certaines décisions ont perdu leur intérêt à la suite de ces modifications (par exemple pour ce qui est de l'article 27 de la loi de 1965: location de reproductions), nous n'y reviendrons pas ici, les ayant déjà citées dans la première partie.

Les nombreuses décisions de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) et des tribunaux de première instance et d'appel, qui seront rapportées ci-après ³, ne se répartissent pas également entre les différentes dispositions de la loi de

1965, ainsi que cela serait peut-être souhaitable d'un point de vue théorique; elles se concentrent au contraire sur un certain nombre de points principaux que nous voulons de ce fait retenir pour diviser notre exposé selon le schéma suivant:

- I. Protection des œuvres originales et des arrangements
- II. Droit moral
- III. Droits d'exploitation et leurs limites légales
- IV. Droit applicable aux contrats concernant les droits d'auteurs
- V. Divers

I. Protection des œuvres originales et des arrangements

L'une des questions les plus importantes que la jurisprudence ait eu à résoudre après l'adoption de la loi de 1965 fut celle du critère de protection soulevée dans la nouvelle loi du fait que, au contraire du droit jusqu'alors en vigueur, elle posait expressément comme règle, à l'article 2, alinéa 2), qu'une « création intellectuelle personnelle » était condition de la protection. En pratique, la question consistait à rechercher si, en raison de l'introduction expresse dans la loi de ce critère jusque-là seulement dégagé par la jurisprudence et la doctrine, il y avait lieu de poser des conditions plus rigoureuses aux produits de la création humaine prétendant à la protection par le droit d'auteur. Il convient de répondre à cette question par la négative, pour indiquer dès maintenant la solution retenue. La Cour fédérale de justice a, en fait, déclaré dans de nombreuses décisions, sur lesquelles nous reviendrons plus en détail, qu'aussi bien dans le domaine de la protection des œuvres littéraires et musicales qu'en matière de protection des œuvres des arts figuratifs, les conditions d'accord de la protection n'avaient pas été modifiées par la nouvelle loi de 1965; la Cour fédérale se trouve d'ailleurs ici en accord avec les motifs du projet gouvernemental concernant la loi de 1965 ⁴.

1. Protection des œuvres originales

a) La question de la protection des produits de la création humaine ne se pose la plupart du temps pas en relation avec la protection d'œuvres importantes littéraires, musicales, artistiques et scientifiques, mais à la périphérie du domaine que couvre encore tout juste le droit d'auteur et que l'on nomme

* Docteur en droit, chargé de recherches à l'Institut Max Planck pour le droit étranger et international sur les brevets, le droit d'auteur et la concurrence déloyale, Munich.

¹ *Bundesgesetzblatt*, I, p. 1273, 1965; cf. *Le Droit d'Auteur*, 1965, p. 258 et suiv.

² Cf. *Le Droit d'Auteur*, 1973, p. 93 et suiv.

³ Pour les décisions publiées, nous faisons, dans la plupart des cas, référence au précieux recueil de décisions de Schönke, *Rechtsprechung zum Urheberrecht*, Munich, 1954 (18^e mise à jour d'octobre 1972). Ce recueil de décisions comporte souvent, outre le texte complet des décisions, les commentaires d'importants spécialistes du droit d'auteur. Pour faciliter l'accès aux autres sources, nous indiquons, pour autant qu'il en existe un, le résumé de la décision dans *GRUR Int.* (*GRUR-Bericht*).

⁴ Cf. *Bundestagsdrucksache* IV/20, p. 38 (en ce qui concerne l'article 2 du projet).

communément la « petite monnaie » du droit d'auteur. Or, c'est justement souvent dans ce domaine de la « petite monnaie » du droit d'auteur que se situent les cas de contrefaçon les plus intéressants sur le plan commercial et qui donnent lieu à des décisions judiciaires, de sorte que l'on ne peut écarter complètement le risque que la jurisprudence établisse, eu égard à ladite « petite monnaie », des critères qui pourraient sembler inappropriés si on les appliquait aux multiples formes empruntées par l'art dans son évolution moderne⁵.

Un exemple de ce danger, qui mérite réflexion, nous est offert par la décision rendue par la Cour fédérale de justice dans l'affaire du *Vasenleuchter*⁶; cette décision est celle qui, jusqu'ici, a exprimé de la façon la plus exhaustive les critères applicables dans le domaine de la protection des œuvres d'art⁷. A l'origine de cette décision se trouvait une action en contrefaçon fondée sur le droit d'auteur, intentée par une fabricante autrichienne de chandeliers en forme de vases (chandeliers en verre pouvant porter des bougies et dans lesquels des fleurs peuvent aussi être disposées) contre une entreprise allemande concurrente.

La Cour fédérale, dans cette décision, commence par constater qu'en ce qui concerne les œuvres d'art les conditions d'octroi de la protection n'ont pas été modifiées par la nouvelle loi sur le droit d'auteur. Elle rappelle ensuite la formule déjà mise au point par le *Reichsgericht* pour la protection des œuvres d'art, spécialement des œuvres d'art appliqué par lesquelles il faut entendre des créations personnelles « qui sont réalisées avec les moyens d'expression de l'art par l'exercice d'une activité créatrice de forme et qui sont essentiellement destinées à produire une stimulation esthétique des sens lorsqu'on les contemple ». « Le fait que l'œuvre, à côté de son but esthétique, soit encore destinée à un usage pratique est ici dénué d'intérêt. La valeur esthétique de l'œuvre doit cependant atteindre un degré tel que, selon l'opinion des milieux réceptifs à l'art et assez familiarisés avec les conceptions artistiques, il soit possible de parler d'une prestation artistique. Le degré que doit nécessairement atteindre selon cette conception la valeur esthétique est plus élevé que celui requis pour les objets susceptibles d'être protégés seulement comme dessins ou modèles. La frontière qui existe entre la protection par le droit d'auteur et la protection à titre de dessin ou modèle ne doit pas être fixée trop bas »⁸.

⁵ Quant à la protection de la « petite monnaie », cf. aussi Schmieder, « Ist die „kleine Münze“ des Urheberrechts nach dem neuen Gesetz ungültig? » *GRUR*, 1968, p. 79 et suiv.; Schraube, « Der Schutz der „kleinen Münze“ im Urheberrecht », *UFITA*, 1971, vol. 61, p. 127 et suiv.; cf. encore Dietz, « Moderne Kunst und droit de suite », dans *Gewerblicher Rechtsschutz — Urheberrecht — Wirtschaftsrecht. Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer*, Cologne, etc., 1973, p. 3 et suiv.

⁶ BGH du 21. 5. 1969 — I ZR 42/67 — « Vasenleuchter »; Schulze BGHZ 169; cf. *GRUR-Bericht* n° 1817/72.

⁷ Cf. aussi déjà BGH du 4. 11. 66 — I h ZR 77/65 — « Skai-Cubana », Schulze BGHZ 140; cf. *GRUR-Bericht* n° 98/69. La décision était axée sur la concurrence déloyale. Elle comporte cependant l'importante constatation que la protection des photographies qui ne révèlent pas une empreinte personnelle, qui ne constituent donc pas des œuvres photographiques au sens de l'article 2, alinéa 1), 5°, de la loi de 1965, mais font l'objet de droits voisins (article 72 de la loi de 1965), se limite à l'image au sens concret, en tant qu'objet matériel, de sorte que seule sa reproduction sans modification de la forme en est interdite. Cf. également U. Krieger, « Lichtbildschutz für die photomechanische Vervielfältigung? » in *Festschrift für Eugen Ulmer*, *GRUR Int.*, 1973, p. 286 et suiv.

⁸ Cf. à ce propos également Heydt, « Geschmacksmuster und Werke der angewandten Kunst », *GRUR*, 1968, p. 530 et suiv.; Nordemann, « Zur

C'est peut-être justement la nature plutôt tautologique de cette formule qui pourrait lui donner la souplesse nécessaire en cas de transposition dans le domaine de l'art « pur », d'autant plus qu'elle oblige à tenir compte des conceptions dominantes dans le commerce des œuvres d'art. Elle a du moins été en mesure de faire accorder la protection du droit d'auteur au chandelier-vase litigieux, de telle sorte que — ainsi que le souligne Gerstenberg dans le commentaire qu'il a fait de cette décision⁹ — la Cour fédérale de justice a, pour la première fois, reconnu qu'un objet utilitaire en verre constituait une œuvre d'art en raison de sa forme, et non pas seulement de sa décoration.

A ce propos, une décision de l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf¹⁰, qui devait se prononcer sur la possibilité, pour un siège de forme conique dessiné par l'architecte danois Verner Panton en 1959, de bénéficier de la protection par le droit d'auteur, mérite également d'être citée. Le tribunal s'est lui-même rangé parmi les milieux réceptifs à l'art et assez familiarisés avec les conceptions artistiques, dans le sens de la formule de la Cour fédérale de justice, et s'est donc déclaré compétent pour décider selon ses propres conceptions d'une éventuelle protection, se prononçant finalement en faveur de celle-ci. Le tribunal n'a pas vu d'obstacle dans le fait que la création de cet architecte avait été dès l'origine destinée à servir de prototype pour une production industrielle massive. Le tribunal fait référence à ce propos à l'étroite interdépendance et à l'enrichissement réciproque actuels des courants modernes d'art et de la détermination de la forme dans l'industrie pour déclarer que la règle selon laquelle l'œuvre d'art est réalisée en tant que création unique non destinée en soi à être reproduite est périmée depuis longtemps.

b) Dans toute une série d'autres décisions de moindre importance prises par des instances inférieures, il s'est agi de décider de la protection d'œuvres appartenant au domaine « classique » de la « petite monnaie ».

Le *Landgericht* de Düsseldorf¹¹ a estimé qu'une collection d'exemples comptables présentés par ordre alphabétique était susceptible d'être protégée, ayant vu dans le choix et la présentation de la matière la création intellectuelle personnelle constituant l'élément qui justifiait la protection, de sorte que, de l'avis du tribunal, il s'agissait là d'un recueil au sens de l'article 4 de la loi de 1965; il a remarqué à ce propos qu'en raison de la rédaction différente de cette disposition par rapport aux dispositions antérieures, les recueils d'œuvres et d'articles, même s'ils sont tous d'un seul et même auteur, ainsi que les faits et informations rassemblés par une seule et même personne, tombaient sous la notion de recueil. Pourtant, étant donné que le prétendu contrefacteur avait bien repris un certain nombre d'exemples comptables qui ne pouvaient bénéficier en eux-mêmes de la protection, mais non le principe de

Ahgrenzung des Geschmacksmusterschutzes vom Urheberschutz », *UFITA*, vol. 50 (1967), p. 906 et suiv.; Gerstenberg, « Moderne Industrieform und ihr Recht », *GRUR*, 1966, p. 441 et suiv.; Reimer, « Ist der heutige Rechtsschutz für die moderne Formgebung in der industriellen Gesellschaft noch zeitgemäß? », *GRUR*, 1970, p. 342 et suiv.

⁹ Cf. Schulze BGHZ 169, p. 12.

¹⁰ OLG Düsseldorf du 28. 10. 1969 — 20 U 50/69 — « Studio 2000 »; Schulze OLGZ 106; cf. *GRUR-Bericht* n° 2209/72.

¹¹ LG Düsseldorf du 14. 2. 1968 — 17 O 265/67 — « Buchungsfibel »; Schulze LGZ 104.

la présentation en tant que tel (abstraction faite du principe de l'ordre alphabétique qui n'est pas susceptible d'être protégé), aucune atteinte au droit d'auteur n'a été retenue.

Le *Landgericht* de Berlin¹² a accordé protection à des diagrammes illustrant sous forme graphique des questions politiques, économiques ou culturelles, en application de l'article 2, alinéa 1), 7°, de la loi de 1965 (illustrations de nature scientifique ou technique).

L'*Oberlandesgericht* de Nuremberg¹³ a déclaré que des formulaires destinés aux services de l'état-civil étaient susceptibles d'être protégés. Le motif invoqué pour cette décision était que ces formulaires ne constituaient pas une simple reproduction des dispositions légales, mais que, chaque fois, les dispositions concernées étaient résumées d'une façon originale et dans des termes propres, conformément au but poursuivi.

Par contre, la protection par le droit d'auteur a été refusée dans des cas limites de même genre. L'*Oberlandesgericht* de Hambourg¹⁴ a, par exemple, refusé la protection par le droit d'auteur à un indicateur d'horaires pour les transports aériens présentant l'ensemble des relations aériennes, ainsi que, dans une autre décision¹⁵, à des prospectus comportant des reproductions et des descriptions d'appareils d'écoute, dits mini-spions.

L'*Oberlandesgericht* de Hamm¹⁶ n'a pas estimé qu'il était possible de protéger un système de classification décimale (consistant en cent classes et environ cent sous-classes avec des désignations correspondantes) destiné à un recueil à feuilles mobiles réunissant les publications concernant tous les domaines intéressant l'industrie du bâtiment, bien que le demandeur eût cru voir une telle possibilité, c'est-à-dire la particularité de son système, dans la répartition de la matière entre les chiffres disponibles. C'est dans le même sens négatif que s'est prononcé l'*Oberlandesgericht* de Celle¹⁷ pour un carnet de contrôle concernant les grues de chantier et devant servir à contrôler ainsi qu'à garantir la sécurité du fonctionnement de celles-ci.

c) Le *Landgericht* de Munich¹⁸ a, dans l'une de ses décisions, admis à propos de dessins d'étoffes, dont l'importance est extrême pour l'industrie de la mode, l'existence d'un droit d'auteur, faisant à ce propos remarquer que la protection en tant que dessin industriel, théoriquement possible pour les dessins d'étoffes à la mode, n'est pas très efficace pour des raisons de délais. Le même tribunal¹⁹ a par ailleurs refusé d'accorder la protection à des napperons avec des dessins de fleurs, de même que le *Landgericht* de Berlin²⁰ l'a refusée à des papiers d'emballage avec des motifs floraux imprimés

(ceci à une exception près où la portée de la protection a été fixée à un niveau proportionnellement bas). De même, l'*Oberlandesgericht* de Hambourg²¹ s'est prononcé contre la protection par le droit d'auteur des dessins de modèles dans un catalogue faisant de la réclame pour des habits professionnels destinés aux restaurants.

d) Il a de même fallu décider dans toute une série d'affaires s'il y avait lieu d'accorder la protection par le droit d'auteur revendiquée en matière d'architecture. La loi de 1965 n'a pas repris la restriction qui existait dans le droit antérieur et selon laquelle les édifices devaient présenter un caractère artistique pour pouvoir être protégés. A la vérité, la protection des bâtiments utilitaires n'était pas non plus exclue de ce fait dans le droit antérieur; il semble cependant que l'on tende à admettre plus facilement les bâtiments utilitaires à la protection par le droit d'auteur. Nous en citerons ici pour preuve quatre décisions qui se sont toutes (dans un cas en fait seulement implicitement) prononcées en faveur de la protection par le droit d'auteur, et cela pour des plans de maisons d'habitation pour une ou deux familles dans le cadre de la construction de logements subventionnée par les pouvoirs publics²², pour une maison combinant locaux commerciaux et locaux d'habitation²³ ainsi qu'à deux reprises pour un collège d'enseignement secondaire²⁴. Dans plusieurs de ces décisions, la protection du droit moral de l'architecte s'est trouvée au centre des débats²⁵. Mais la question préalable d'une possible protection par le droit d'auteur devait être tout d'abord examinée, et il est étonnant que celle-ci ait été admise pratiquement dans tous les cas.

e) Les lettres missives privées constituent un cas limite de nature particulière, car elles ne jouissent pas forcément de la protection du droit d'auteur. Le *Landgericht* de Berlin²⁶ a dû se prononcer sur une affaire qui, en fin de compte, ne soulevait pas de difficultés particulières. La défenderesse avait, en l'espèce, reproduit entre autres, dans un numéro de la revue qu'elle publie, sous le titre « Lettres d'exil », deux lettres du demandeur — un écrivain — adressées au critique de théâtre bien connu Alfred Kerr, dont le fils avait, de façon générale, donné son accord à leur publication. L'accord du demandeur, en sa qualité d'auteur des lettres, n'avait pas été requis. Le *Landgericht* de Berlin considère que les lettres en question recèlent des idées originales et ont une valeur intellectuelle, à la différence de la majorité des lettres ordinaires, et leur accorde la protection du droit d'auteur. Il souligne à cette occasion que la protection du droit d'auteur n'est pas seulement accordée aux produits d'un haut niveau intellectuel

¹² OLG Hamburg du 21. 11. 1968 — 3 U 88/68; Schulze OLGZ 89.

²² OLG Hamm du 16. 12. 1966 — 4 U 267/66; Schulze OLGZ 78; de même OLG München du 8. 5. 1969 — 6 U 2386/68 — « Einfamilienhaus »; Schulze OLGZ 96.

²³ KG Berlin du 10. 8. 1967 — 5 U 1258/67 — « Gebäudefarbe »; Schulze KGZ 45; cf. GRUR-Bericht n° 1990/70.

²⁴ OLG Hamm du 9. 9. 1969 — 4 U 160/69; Schulze OLGZ 101 et LG Köln du 6. 1. 1970 — 5 O 237/68; Schulze LGZ 123; cf. GRUR-Bericht n° 2444/72. Cf. aussi BGH du 11. 12. 1970 — I ZR 38/69; *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1971, p. 556.

²⁵ Cf. encore II.1.a) et II.2.e) ci-dessous.

²⁶ LG Berlin du 22. 1. 1969 — 16 S 9/68 — « Alfred Kerr-Briefe »; Schulze LGZ 121; cf. GRUR-Bericht n° 422/72; cf. aussi von Olenhusen, « Urheber- und Persönlichkeitsschutz bei Briefen und Dokumentationsfreiheit », *UFITA*, vol. 67 (1973), p. 57 et suiv.

¹³ LG Berlin du 12. 11. 1969 — 16 O 242/69; Schulze LGZ 125.

¹⁴ OLG Nürnberg du 11. 1. 1972 — 3 U 114/71; GRUR, 1972, p. 435; cf. GRUR-Bericht n° 2442/72.

¹⁵ OLG Hamburg du 4. 4. 1968 — 3 U 158/67 — « Luftkursbuch »; Schulze OLGZ 88; cf. GRUR-Bericht n° 2425/70.

¹⁶ OLG Hamburg du 15. 7. 1971 — 3 U 178/70; Schulze OLGZ 112.

¹⁷ OLG Hamm du 21. 5. 1968 — 4 U 236/67 — « Klassifikations-system »; Schulze OLGZ 98.

¹⁸ OLG Celle du 27. 6. 1969 — 13 U 9/69; Schulze OLGZ 105.

¹⁹ LG München I du 8. 12. 1970 — 7 O 124/70 — « Emilio Pucci »; Schulze LGZ 127.

²⁰ LG München I du 21. 12. 1965 — 7 O 160/65 — « Ziertücher mit Blumenmuster »; Schulze LGZ 100.

²¹ LG Berlin du 29. 9. 1969 — 16 O 13/69 — Schulze LGZ 122.

qui portent une empreinte littéraire particulière, même si, par ailleurs, toute expression de pensée empruntant la forme d'une lettre ne se trouve pas protégée du seul fait que l'auteur en soit un écrivain de qualité. La décision présente encore un intérêt en dehors du droit d'auteur en ce qu'elle accorde également une réparation pour violation des règles générales du droit de la personnalité (droit au respect de la vie privée).

2. Protection des arrangements d'œuvres du domaine public

En principe, la protection des arrangements d'œuvres du domaine public et des arrangements d'œuvres protégées doit être appréciée de la même façon. Aux deux cas s'applique la règle selon laquelle elles ne sont protégées, en vertu de la loi de 1965 (sans préjudice du droit d'auteur sur l'œuvre arrangée), comme œuvres indépendantes, que si elles constituent des créations intellectuelles personnelles de l'arrangeur. Lorsque les œuvres arrangées sont dans le domaine public, cela se traduit seulement par une simplification des rapports juridiques au cas où l'on dispose de l'arrangement. S'il est cependant fait ici une différence entre ces deux groupes de cas, la raison en est que, dans les décisions rendues, relatives à l'arrangement d'œuvres protégées, l'attention s'est portée dans la plupart des cas non pas sur une éventuelle protection de l'arrangement mais sur le point de savoir s'il s'agissait d'une libre utilisation d'une œuvre préexistante qu'il est permis, selon l'article 24 de la loi de 1965, de publier et d'exploiter sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre utilisée.

a) Pour ce qui concerne la protection des arrangements d'œuvres du domaine public, il y a lieu de citer en premier lieu les deux décisions promulguées le même jour par la Cour fédérale de justice dans les affaires *Haselnuss*²⁷ et *Gaudeamus igitur*²⁸. Au-delà des faits particuliers qu'elles concernaient, ces deux décisions présentent un grand intérêt du seul fait qu'elles soulignent en termes identiques, en se référant aux solutions jusqu'alors retenues tant par la doctrine que la jurisprudence, qu'il n'y a pas lieu de se montrer particulièrement exigeant quant à la mesure de l'activité inventive, que la qualité littéraire ou artistique particulière importe peu et que, notamment dans le domaine musical, des œuvres d'une valeur créatrice minimale, ce que l'on nomme la « petite monnaie », doivent également jouir de la protection. La Cour fédérale a encore précisé que ces principes étaient également applicables aux adaptations, donc qu'en matière d'arrangements aussi, en particulier dans le domaine de la musique, la « petite monnaie » était protégée.

Quant à la question de la protection des arrangements de chansons populaires du domaine public — il s'agissait dans l'affaire « *Haselnuss* » d'un arrangement pour instruments à vent et chœur d'hommes, dans l'affaire « *Gaudeamus igitur* » de la réunion et de l'arrangement en pot-pourri de douze chansons d'étudiants avec des instrumentations variables — la Cour fédérale confirme donc dans toute leur portée les idées développées par l'instance d'appel: étant donné la production

massive de chansons et de musique légère, l'importance de la mélodie originale (ici dans le domaine public) ne doit pas être surestimée. Le choix des instruments et la composition de l'orchestre doivent déjà être pris en considération comme autant d'éléments révélant une création personnelle. Ce choix influe de façon déterminante sur la sonorité et le caractère du morceau de musique, et le fait que l'arrangeur ait fait appel, pour l'essentiel, ou exclusivement, à des moyens connus et appréciés, n'est pas décisif. Est décisif le fait que ces moyens soient utilisés d'une façon et dans une combinaison qui n'existaient pas auparavant. Il en résulte qu'en règle générale les instrumentations et les orchestrations ne supposent pas seulement l'exercice d'un simple métier musical, mais sont des créations intellectuelles, des œuvres susceptibles d'être protégées au sens du droit d'auteur.

Cela s'applique également au pot-pourri de chansons d'étudiants, objet du litige dans l'affaire « *Gaudeamus igitur* ». Il convient encore de remarquer à propos de cette dernière affaire qu'il a été constaté dans cette décision qu'un pot-pourri de cette nature ne constituait pas un recueil au sens de l'article 4 de la loi de 1965, mais seulement un arrangement au sens de l'article 3.

A l'origine de ces deux décisions de la Cour fédérale se trouvent deux plaintes de la GEMA (société allemande de perception pour les droits d'exécution musicale et de reproduction mécanique) contre un fabricant de disques qui se refusait à lui payer les redevances réclamées pour l'enregistrement des arrangements de chansons populaires du domaine public, la GEMA ayant, de son côté, conclu avec les compositeurs intéressés (arrangeurs) des contrats de gérance de leurs droits.

La décision de la Cour fédérale de justice dans l'affaire « *Haselnuss* » comporte — soit dit en passant — d'intéressantes remarques sur la nature juridique et l'interprétation de tels contrats de gérance; elles assurent en effet à la GEMA, dans l'exercice des obligations qui lui incombent, la solide position juridique nécessaire. La Cour fédérale confirme expressément, dans l'intérêt des organisateurs d'exécutions musicales et en même temps de la sécurité juridique, l'interprétation du contrat de gérance selon laquelle les droits de reproduction mécanique sont transmis par avance à la GEMA pour ce qui concerne les œuvres futures d'un compositeur, ces droits faisant en outre dès l'origine l'objet d'un transfert opposable aux tiers, et selon laquelle, de ce fait, le transfert des droits pour les œuvres créées postérieurement à la conclusion du contrat a lieu au profit de la société de perception sans qu'il soit besoin d'une autre déclaration de transfert particulière. Le sens de cette construction juridique est d'empêcher que les membres déloyaux, qui ne respecteraient pas une simple obligation de transfert, puissent disposer par ailleurs de leurs droits ou puissent invoquer le fait que le transfert n'aurait pas eu lieu. Il convient également de souligner les considérations que comporte encore l'arrêt en ce qui concerne la position de mandataire de la GEMA à l'égard de ses membres, laquelle a notamment eu pour conséquence que la maison de disques défenderesse n'a pu opposer à la GEMA les actions en dommages-intérêts en réparation de tout préjudice qu'elle aurait pu faire valoir contre les compositeurs.

²⁷ BGH du 3. 11. 1967 — I b ZR 123/65 — « *Haselnuss* »; Schulze BGHZ 144; cf. GRUR-Bericht n° 602/71.

²⁸ BGH du 3. 11. 1967 — I b ZR 125/65 — « *Gaudeamus igitur* »; Schulze BGHZ 145; cf. GRUR-Bericht n° 601/71.

Dans un autre arrêt portant sur des faits presque identiques, la Cour fédérale de justice²⁹ a à nouveau confirmé ces deux décisions et s'est prononcée à cette occasion sur les arguments opposés par le défendeur, fabricant de disques, qui prétendait que, selon un usage établi depuis de longues années, l'auteur d'un arrangement spécial pour disque ne déposait pas celui-ci auprès de la GEMA, car, dans le doute, il n'avait pas été considéré comme susceptible d'être protégé. Etant donné que, comme nous l'avons déjà indiqué, selon la Cour fédérale, le transfert des droits à la GEMA ne se produit pas seulement lors du dépôt de l'œuvre auprès de celle-ci mais dès le moment de sa création, ce prétendu usage ne fait pas obstacle à l'exercice des droits lorsqu'il s'agit d'arrangements qui peuvent jouir de la protection.

Par ces décisions, la Cour fédérale est en somme parvenue à donner une réponse — qui résistera probablement au temps — à la question de savoir si les adaptations et les arrangements dans le domaine de la chanson à la mode et de la musique populaire peuvent être protégés.

b) La grande capacité d'absorption du marché a eu pour conséquence que, depuis un certain temps, le rôle joué par les copies, imitations et arrangements d'œuvres du domaine public s'est accru dans le domaine des arts figuratifs également. Sur le plan du droit d'auteur, il convient de distinguer ici deux cas.

Dans le premier cas, une certaine œuvre du domaine public — par exemple une madonne sculptée du 15^e siècle³⁰ — est prise comme modèle et reproduite soit au moyen d'une machine, soit à la main. Une telle activité de pure imitation, ainsi qu'en a décidé la Cour fédérale de justice dans l'affaire *Apfel-Madonna*, même lorsqu'elle s'accompagne de modifications minimales, notamment des dimensions, ne saurait justifier la protection par le droit d'auteur. En effet, celui qui reproduit une sculpture ne crée pas une œuvre personnelle selon une conception qui lui serait propre, mais se borne à répéter ce que le créateur de l'œuvre originale a créé en se livrant à une activité inventive, et cela même si une certaine habileté technique est nécessaire pour la réalisation de la reproduction. A ce propos, la Cour fédérale a confirmé que la possession ou la propriété d'un original du domaine public — original qui, en l'occurrence appartenait à un musée³¹ — ne pouvait donner lieu à aucune interdiction d'imitation³²; la Cour ne s'est toutefois pas prononcée sur la question de la légalité de l'interdiction de photocopier³³. Dans cette affaire enfin, ont été repoussées les revendications de la demanderesse — une société mettant dans le commerce des copies de l'œuvre originale — à l'encontre du défendeur, qui, de son côté, avait sculpté des reproductions des copies de la demanderesse et les avait mises dans le commerce.

²⁹ BGH du 28. 3. 1969 — I ZR 57/67 — «Schallplattenspezialarrangement»; Schulze BGHZ 163; cf. GRUR-Bericht n° 750/73.

³⁰ Comme dans l'affaire « Apfel-Madonna », BGH du 13. 10. 1965 — I h ZR 111/63; Schulze BGHZ 125; cf. GRUR-Bericht n° 1260/68.

³¹ Cf. à ce propos Hillig, « Urheberrechtliche Probleme der Zusammenarbeit zwischen Fernsehsendeunternehmen und Museen », *UFITA*, vol. 56 (1970), p. 23 et suiv.

³² Cf. aussi BGH du 7. 6. 1971 — I ZR 116/69; Schulze BGHZ 184, où la Cour prend position sur les rapports entre la propriété sur les copies du film et les droits d'exploitation.

³³ Cf. à ce propos KG Berlin du 10. 10. 1969 — 5 U 558/69 — « Photographier-Erlaubnis für Pressephotographen im Zoo »; Schulze KGZ 52.

Dans le second cas, que concernaient les deux décisions rendues dans l'affaire *Barockputten*³⁴, ce n'est pas une œuvre précise du passé qui est directement copiée, mais un travail seulement effectué dans le style d'une époque en se conformant étroitement aux canons de cette époque. Dans l'affaire « Barockputten », l'artiste demandeur s'en était tenu au style des angelots sculptés du baroque tardif de l'Allemagne du sud, utilisant exclusivement des éléments de forme connus de ce style (silhouette trapue, jambes et bras courts et grassouillet, visages poupins au nez retroussé et aux joues rebondies, de petites ailes et des écharpes entrelacées) sans cependant prendre pour modèle une œuvre déterminée. La société défenderesse avait utilisé des reproductions de ces angelots, créés par le demandeur pour décorer des boîtes de chocolats.

Au cours d'une procédure sommaire (après une demande de mesure provisoire), l'*Oberlandesgericht* de Coblenz s'est tout d'abord prononcé contre la protection par le droit d'auteur car, à son avis, tous ces éléments de forme étaient déjà tombés dans le domaine public, le tribunal ayant même soulevé la question de savoir si un angelot conçu dans la manière des angelots baroques pouvait encore constituer une œuvre d'art au sens du droit d'auteur du fait que toute réalisation personnelle faisait défaut. Le *Landgericht* de Munich, statuant au principal, a cependant accordé la protection par le droit d'auteur pour la raison convaincante qu'une notion d'œuvre d'art qui exclut l'existence d'une création intellectuelle personnelle dès lors que le créateur s'en tient dans l'ensemble à un style déterminé et utilise exclusivement des éléments de forme connus de ce style ne pourrait que conduire à des résultats inadmissibles. Elle signifierait que les maîtres géniaux qui s'en sont eux aussi strictement tenus aux canons régissant les formes propres au style de leur époque se seraient théoriquement vu refuser toute protection par le droit d'auteur. Or, le fait qu'un artiste travaille, deux cents ans plus tard, selon une même conception stylistique doit-il faire une différence? C'est, à mon avis, à juste titre que le *Landgericht* de Munich a répondu négativement à cette question. Tous les éléments particuliers dont sont constitués les angelots peuvent bien être du domaine public; étant donné le nombre presque illimité de combinaisons possibles de ces éléments de forme déjà connus pour donner naissance à un certain angelot, on ne peut dénier toute empreinte personnelle aux nouveaux angelots ainsi réalisés³⁵.

c) Un cas semblable de création dans le cadre d'un style déterminé qui, à vrai dire, n'appartenait pas au passé, a fait l'objet d'une décision du *Landgericht* de Hambourg³⁶. La décision a été rendue dans un procès en contrefaçon opposant deux caricaturistes. La question préalable de savoir si la silhouette de jeune fille utilisée par le demandeur et imitée par le défendeur était susceptible d'être protégée a reçu une réponse positive du tribunal, même s'il a remarqué que ce

³⁴ OLG Koblenz du 18. 11. 1966 — 2 U 437/66; Schulze OLGZ 67; cf. GRUR-Bericht n° 1781/70 et LG München I du 17. 12. 1968 — 7 O 142/68; Schulze LGZ 120.

³⁵ Cf. encore à ce propos Von Rauscher auf Weeg, « Kunstschutz bei Verwendung gemeinfreier Formelemente », *GRUR*, 1967, p. 572 et suiv.

³⁶ LG Hamburg du 26. 3. 1971 — 74 O 380/69; Schulze LGZ 128; cf. GRUR-Bericht n° 343/73.

type particulier de jeune fille (délurée, coquette et sexy) était le sujet préféré des dessinateurs humoristiques et, en tant que tel, ne pouvait être protégé au profit d'un seul dessinateur. Il reconnaît cependant que la réunion de plusieurs éléments particuliers préexistants constitue une œuvre susceptible d'être protégée lorsqu'il est possible de reconnaître à l'ensemble de la réalisation une originalité et une empreinte personnelle dans l'impression générale qu'elle suscite sur le plan intellectuel et esthétique. La protection du droit d'auteur a été en même temps refusée à une silhouette de jeune garçon du même demandeur, pour laquelle l'empreinte personnelle était encore plus réduite. Cela démontre que l'on se trouve, avec ces dessins humoristiques — ainsi que le souligne le tribunal lui-même — à la limite inférieure de ce qui mérite encore d'être protégé; il convient à ce propos de souligner la constatation du tribunal selon laquelle il peut exister des cas de « petite monnaie » dans le domaine de l'art figuratif, même si l'on n'a en général pas admis ici la nécessité de la protection de ladite « petite monnaie », en invoquant la possibilité d'une protection applicable aux dessins et modèles³⁷. Si l'on veut continuer à faire place à cet argument, l'on doit de toute manière, dans le domaine de la protection artistique, ne l'admettre qu'aux cas où la protection des dessins et modèles est effectivement accessible ou au moins utile.

3. Arrangements d'œuvres protégées et libre utilisation

Dans les décisions rapportées dans la partie précédente, il s'agissait de savoir si des arrangements d'œuvres du domaine public ou des œuvres créées dans le style d'époques ou de tendances déterminées pouvaient accéder à la protection du droit d'auteur, ceci étant la condition nécessaire pour faire valoir certains droits à l'encontre des imitateurs ou des contrefacteurs. Dans les décisions qui vont être maintenant rapportées, ce sont au contraire de prétendus contrefacteurs qui ont cherché à échapper à l'accusation de contrefaçon en alléguant notamment que leurs œuvres dépassaient le stade de l'arrangement (article 23 de la loi de 1965) et constituaient, selon l'article 24 de la loi de 1965, des œuvres indépendantes créées en faisant une libre utilisation d'œuvres d'autres auteurs et pouvant être publiées sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre utilisée. Dans le domaine de la musique, il est plus difficile de tracer une frontière entre l'arrangement (dépendant) et la libre utilisation, du fait que l'article 24, alinéa 2), de la loi de 1965 a repris ce que l'on nomme la stricte protection de la mélodie que connaissait déjà le droit antérieur. Selon cette disposition, il n'y a pas libre utilisation lorsqu'une mélodie est empruntée de manière reconnaissable à une œuvre et utilisée pour une œuvre nouvelle.

a) Dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Magdalencnarie*³⁸, la Cour fédérale de justice a dû se pencher sur cette protection, dite stricte, de la mélodie selon l'article 24, alinéa 2), de la loi de 1965. Le litige portait sur la similitude du refrain d'une chanson allemande à succès (*Tanze mit mir in den Morgen*) avec le thème principal de l'air de Madeleine

de l'opéra *Der Evangelimann* de Wilhelm Kienzl. Selon les constatations de fait de la juridiction précédente, il était certain qu'il existait une large identité entre les deux mélodies, de sorte que le litige conduisait à décider s'il s'était agi de l'un de ces cas de création double due au hasard, ou d'un emprunt au sens de l'article 24, alinéa 2), de la loi de 1965, qu'il n'est plus possible de qualifier de libre utilisation.

La Cour fédérale commence par préciser qu'il ne peut être question d'un emprunt, au sens de cette dernière disposition, que lorsque le compositeur de la nouvelle œuvre a connu l'œuvre plus ancienne et que, consciemment ou inconsciemment, il s'y est référé lors de sa création. Des similitudes dues au seul hasard ne constituent pas une atteinte au droit d'auteur.

Pour ce qui concerne la question de la preuve, la Cour fédérale applique ensuite aux cas de protection de la mélodie les principes élaborés dans les domaines de l'art figuratif et des dessins et modèles: une vaste similitude conduit en règle générale à considérer que l'auteur de l'œuvre la plus récente a utilisé la plus ancienne, et cela même lorsque l'œuvre la plus ancienne ne se présente pas consciemment à l'esprit du créateur de l'œuvre postérieure au moment où il crée celle-ci, mais lorsqu'il a gardé cette œuvre antérieure en mémoire après en avoir eu connaissance dans le passé, ce dont il peut ne plus avoir le souvenir, et qu'il en a été par la suite influencé inconsciemment lors de sa propre réalisation. La Cour fédérale, en exposant ces règles du commencement de preuve, applicables également aux œuvres musicales, rejette l'argument selon lequel la protection de la mélodie en vertu de l'article 24, alinéa 2), de la loi de 1965 ne concernerait que l'emprunt conscient d'une mélodie.

Le défendeur est cependant parvenu à détruire cette présomption, ce qui a eu pour conséquence qu'il incombait alors au demandeur d'apporter la preuve de l'emprunt; cela ne lui ayant pas été possible, il a été debouté de sa demande. La Cour fédérale a confirmé que le commencement de preuve avait été infirmé, comme l'avait déjà décidé l'instance précédente, en constatant que le compositeur n'avait manifestement pas repris directement la mélodie, mais s'était inspiré du fonds culturel musical accessible à tous, ainsi qu'il est démontré à l'aide de mélodies comparables. La Cour fédérale approuve aussi à cette occasion le principe auquel l'instance précédente s'est référée et selon lequel, pour qualifier l'œuvre créée postérieurement d'œuvre indépendante et propre, il faut être d'autant plus prudent que l'originalité du modèle est plus manifeste, et inversement. Etant donné qu'il s'était agi dans l'affaire litigieuse d'idées musicales simples apparaissant de façon indépendante chez différents compositeurs, la décision a finalement été favorable au défendeur.

b) Quelque temps déjà avant cette importante décision relative à la protection de la mélodie³⁹, la Cour fédérale de justice⁴⁰ avait eu l'occasion, dans le domaine de l'art appliqué, de préciser la frontière entre l'imitation servile et la

³⁷ Cf. également la note de Schacht sous Schulze LGZ 128, p. 13 et suiv.

³⁸ BGH du 5. 6. 1970 — I ZR 44/68 — « Magdalencnarie »; Schulze BGHZ 175; cf. GRUR-Bericht n° 2443/72.

³⁹ Cf. aussi Wolpert, « Der Schutz der Melodie im neuen Urheberrechtsgesetz », *UFITA*, vol. 50 (1967), p. 769 et suiv.

⁴⁰ BGH du 18. 12. 1968 — I ZR 85/65 — « Hummelfiguren III »; Schulze BGHZ 168.

libre utilisation et de souligner, en accord avec la jurisprudence intervenue jusqu'alors, que des similitudes dans le style, le motif, la manière et la technique ne suffisaient pas pour qu'il y ait copie illicite au sens du droit d'auteur. Il n'a donc pas été fait droit aux revendications de la demanderesse, fondées sur le droit d'auteur.

Il s'agissait au reste ici du troisième arrêt rendu par la Cour fédérale de justice sur des questions concernant la copie des célèbres figurines de Hummel⁴¹ — figurines d'enfants selon des dessins d'une défunte nonne du nom de Hummel. Pour l'une des figurines, la Cour fédérale laisse en effet ouverte la question d'une atteinte au droit d'auteur, car il y avait de toute façon imitation illicite selon la loi contre la concurrence déloyale. L'arrêt comporte, à ce propos également, des développements intéressants sur l'interdiction de faire des imitations prévue par les dispositions contre la concurrence déloyale.

c) Dans sa décision sur l'affaire *Disney-Parodie*⁴², la Cour fédérale de justice a dû examiner la question de savoir si d'autres critères d'appréciation s'offraient pour distinguer l'utilisation libre de celle qui ne l'est pas lorsqu'il s'agit de la parodie d'une œuvre originale. Ainsi qu'il ressort des faits de l'espèce, un dessinateur et écrivain avait, dans une bande dessinée, présentée sous forme parodique, emprunté au monde imaginaire de Walt Disney certaines figures connues (notamment Mickey Mouse, Donald Duck, Goofy) en leur apportant certaines modifications, mais en gardant en fait les traits qui caractérisent ces figures de Disney et font leur originalité. Au contraire des figurines de Hummel, il ne s'agissait donc pas seulement ici d'imitations du style et de la manière mais, malgré les modifications, d'imitations empiétant sur le domaine de protection de l'œuvre. La Cour fédérale souligne ici expressément que les œuvres d'art figuratif également sont non seulement protégées contre les copies qui leur sont identiques, mais aussi contre celles qui sont réalisées sous une forme modifiée et constituent une autre œuvre.

La Cour conclut finalement dans cette décision qu'il n'existe non plus aucun régime particulier pour les parodies, mais que l'article 24 de la loi de 1965 doit aussi leur être appliqué: les parodies qui ont pour objet l'œuvre protégée d'un tiers ne sont licites (sans autorisation) que si elles ont été créées comme œuvre indépendante en faisant une libre utilisation du modèle parodié. En particulier, on ne peut conclure à une totale liberté de procéder à des emprunts illicites au modèle parodié du seul fait qu'une œuvre aurait manifestement la parodie pour but.

Après ces considérations qui semblent empreintes de quelque rudesse, la Cour fédérale a cependant essayé de ne pas ignorer les particularités qui sont dans la nature même de la parodie. Etant donné que la parodie prend pour cible certaines particularités que révèle l'œuvre d'un écrivain ou d'un artiste, elle suppose par sa nature même, ainsi que l'a constaté la Cour fédérale, qu'il est possible d'y reconnaître que ces particularités font l'objet de la controverse. Le degré de possibi-

lité d'emprunter les parties protégées dépend de la nature de l'œuvre et de la mesure dans laquelle l'emprunt est nécessaire pour atteindre l'effet parodique. Cela signifie, d'une part, que la partie empruntée ne doit pas être maintenue à l'arrière-plan au point qu'elle s'efface, mais, d'autre part, qu'une œuvre indépendante doit être créée, qui permette de reconnaître que le rattachement n'est qu'un moyen nécessaire pour réaliser la parodie.

Etant donné que, de l'avis de la Cour fédérale, la parodie se situait dans l'affaire en cause dans le contenu intellectuel de la bande dessinée et non dans le dessin des figures lui-même, elle n'avait pas atteint le stade de la libre utilisation parodique. L'argument de l'atteinte au droit d'exprimer librement son opinion est également repoussé en raison de la multiplicité des formes possibles. Par ailleurs, en ce qui concerne le droit de la personnalité en général, la Cour fédérale fait la constatation importante que la protection de l'image, fondée sur le droit de la personnalité, qui est encore réglé dans l'ancienne loi de 1907 relative au droit d'auteur sur les œuvres des arts figuratifs et sur les photographies, qui continue à être appliquée sur ce point, concerne seulement l'image humaine, mais non les reproductions de personnages nés de la fantaisie. De la sorte, l'exception concernant les portraits du domaine de l'histoire contemporaine n'a pu elle non plus jouer au profit du contrefacteur et défendeur.

d) Dans une décision du *Kammergericht* de Berlin⁴³, il fallait décider si l'utilisation d'un libretto était libre ou non. Le tribunal devait résoudre la question préalable de savoir si la musique et le libretto du ballet *Die Puppenfee* était l'œuvre de coauteurs au sens de l'article 8 de la loi de 1965, ou s'il ne s'agissait que de simples œuvres jointes au sens de l'article 9 de la loi de 1965. Le tribunal s'en tient fermement à la jurisprudence établie jusqu'ici, selon laquelle la musique d'opéra, d'opérette ou de ballet et le libretto — même si ceux-ci n'ont pas été créés indépendamment l'un de l'autre, mais en considération de l'œuvre d'art dans son ensemble — constituent des œuvres jointes. Même si, selon le droit actuellement en vigueur, ce n'est plus comme jusqu'ici la possibilité de séparer les contributions individuelles mais celle de les exploiter séparément qui sert de critère des œuvres jointes, de l'avis du tribunal cela ne change rien à cette qualification. La conséquence en a été que, dans l'affaire en question, le délai de protection devait être calculé séparément pour la musique et pour le libretto et qu'il avait déjà expiré pour la musique. Le défendeur, un organisme de radiodiffusion, pouvait donc faire usage de la musique, qui était déjà tombée dans le domaine public, et l'assortir d'un nouveau libretto ne faisant que s'inspirer de l'action de l'ancien libretto et considéré comme une libre utilisation de ce dernier.

e) Pour finir, la question de savoir si une utilisation est libre ou non se trouvait aussi au centre d'une décision du *Landgericht* de Cologne⁴⁴, dans laquelle était en cause une étude traitant d'un sujet de sociologie, qui avait d'abord été

⁴¹ Cf. les références dans la note de Gerstenberg sous Schulze BGHZ 168, p. 17 et suiv.

⁴² BGH du 26. 3. 1971 — I ZR 77/69 — « Disney-Parodie »; Schulze BGHZ 182; cf. GRUR-Bericht n° 2049/72.

⁴³ KG Berlin du 5. 6. 1970 — 5 U 2656/69 — « Die Puppenfee »; Schulze KGZ 55; cf. GRUR-Bericht n° 751/73.

⁴⁴ LG Köln du 14. 1. 1972 — 5 O 401/71 — « Kinder in Not »; GRUR, 1973, p. 88.

écrite par un auteur, puis avait été arrangée par un autre auteur. En comparant les deux œuvres, le tribunal a conclu que le second travail constituait, en raison du parallélisme de la construction, du contenu, du choix de la matière et des détails de la formulation, un arrangement illicite du modèle.

4. Protection à titre d'auteurs pour les metteurs en scène de théâtre

Il y a lieu de mentionner deux importantes décisions concernant la question de la protection par un droit d'auteur de l'activité des metteurs en scène de théâtre.

a) Dans l'affaire *Biografie: ein Spiel*⁴⁵ (titre d'une pièce de Max Frisch), la Cour fédérale de justice a refusé de reconnaître un droit d'auteur en qualité d'adaptateur au metteur en scène de théâtre, malgré de nombreuses modifications, suppressions, de remaniements du texte et de simplifications de la langue, revenant de la sorte nettement sur la position favorable à un tel droit qu'avait adoptée l'instance précédente.

Cet arrêt, destiné à faire école, repose sur la considération suivante: si les conditions pour qu'il existe une création intellectuelle personnelle en cas d'adaptation sont en principe les mêmes que pour une œuvre originale, le caractère et l'originalité de l'œuvre originelle utilisée ne peuvent cependant rester hors de considération. Une adaptation susceptible d'être protégée suppose une force d'expression personnelle et créatrice; mais celle-ci sera plus difficile à atteindre lorsqu'une œuvre empreinte d'une originalité toute particulière n'est utilisée que lorsqu'il s'agit d'une œuvre d'une moindre individualité. La Cour fédérale qualifie ici explicitement d'erreur de droit le fait que la cour d'appel ait établi un parallèle avec la « petite monnaie » du droit d'auteur et ait purement et simplement repris les moindres exigences relatives au niveau de la création, posées aux œuvres alors en question (annuaires, formulaires, prospectus publicitaires), pour l'adaptation d'œuvres pour la scène. Selon la Cour fédérale, il y a en principe lieu d'appliquer à l'adaptation d'œuvres pour la scène des critères plus stricts.

Il n'est à vrai dire pas possible de réprimer un léger malaise en présence d'une telle opinion. Pourquoi des critères plus stricts doivent-ils être ici applicables alors que la Cour fédérale a elle-même fait preuve d'une assez grande libéralité en matière d'adaptations musicales, ainsi que nous l'avons déjà vu. Cette contradiction devrait-elle un jour trouver une issue en ce que, ainsi que la prônent par exemple Hubmann⁴⁶ et d'autres auteurs⁴⁷ en faisant état du délai de protection de 70 ans *post mortem auctoris*, de plus strictes conditions seraient à l'avenir également posées dans le domaine de la « petite monnaie »? Mais, par ailleurs, cette dernière opinion n'implique-t-elle pas le danger que cette contradiction ait des répercussions négatives sur la protection des courants artistiques modernes, de sorte que le droit d'auteur serait amené à devenir une protection spéciale pour les réalisations traditionnelles?

⁴⁵ BGH du 19.11.1971 — I ZR 31/70 — « Biografie: ein Spiel »; Schulze BGHZ 186; cf. GRUR-Bericht n° 1818/72.

⁴⁶ Note sous cet arrêt dans Schulze BGHZ 186, p. 18.

⁴⁷ Cf. par exemple Fromm-Nordemann, *Urheberrecht — Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Wahrnehmungsgesetz*, 2^e éd., 1970, p. 63 et suiv. (avec d'autres références) et 3^e éd., 1973, p. 70.

Pour porter un jugement sur l'opinion défendue par la Cour fédérale, il ne faut cependant pas perdre de vue la situation de fait concrète. Le metteur en scène demandeur ne pouvait en effet de toute façon faire triompher ses prétentions à une protection selon le droit d'auteur pour la raison que la maison d'édition défenderesse n'avait repris dans le livre édité par elle qu'une partie des modifications, suppressions, etc., du metteur en scène; la Cour fédérale souligne encore à cette occasion que, pour constater une atteinte au droit d'auteur, il ne s'agit pas de savoir si les modifications effectuées par le demandeur atteignent dans leur ensemble le niveau d'une réalisation créatrice, mais de savoir si la partie empruntée par le défendeur satisfait elle-même aux conditions de protection par le droit d'auteur.

b) Dans la seconde affaire qui n'est pas moins intéressante⁴⁸, et dans laquelle la décision a par ailleurs été rendue sur la base des règles internationales du droit d'auteur, la protection du droit d'auteur a également été refusée à un metteur en scène de théâtre. Les faits ayant donné lieu à ces deux décisions différaient en ce que, dans l'affaire précédente, il ne s'était agi que de la préparation par le metteur en scène, procédant à une adaptation du texte, d'une représentation qui n'avait jamais eu lieu, tandis qu'il s'agissait, dans le second cas, de la diffusion par la télévision de l'enregistrement d'une représentation ayant effectivement eu lieu. Le Piccolo Teatro de Milan avait conclu un contrat avec la télévision italienne pour l'enregistrement d'une représentation de la comédie de Goldoni *Le baruffe chiozzotte* — œuvre du domaine public — dans la mise en scène de Giorgio Strehler. Le droit de diffuser cette comédie en Allemagne a été contesté par le Piccolo Teatro au ZDF (seconde chaîne allemande de télévision) qui s'était en vain efforcé d'aboutir à un accord contractuel avec le Piccolo Teatro et avait de ce fait adopté la solution d'un arrangement avec la télévision italienne.

Les questions de droit international privé soulevées dans le litige ne seront pas évoquées ici, car le tribunal a, à juste raison, été d'avis que la question de savoir si un étranger qui revendique une protection en Allemagne a acquis un droit d'auteur, et quel est le contenu de ce droit, reçoit sa solution exclusivement selon le droit allemand⁴⁹, et cela conformément au principe du traitement national de la Convention de Berne révisée à laquelle renvoie l'article 121, alinéa 4), de la loi de 1965.

L'*Oberlandesgericht* de Coblenz précise que, selon le droit allemand, le metteur en scène d'une œuvre théâtrale, à la différence du metteur en scène d'un film, n'est qu'un interprète et non pas un auteur, ce que souligne l'article 73 de la loi de 1965 qui le considère visiblement comme appartenant au groupe des artistes interprètes ou exécutants. Que la représentation ait été enregistrée par la télévision ne change rien non plus à cette analyse, car le seul fait de filmer une représentation théâtrale sans la modifier aucunement ne constitue pas une œuvre cinématographique; il s'agit là, au contraire, de séquences d'images sur lesquelles tout au plus la télévision

⁴⁸ OLG Koblenz du 14. 7. 1967 — 2 U 14/67 — « Liebeshäudel in Chioggia »; Schulze OLGZ 93; cf. GRUR-Bericht n° 1715/71.

⁴⁹ Cf. à ce propos aussi la note d'Ulmer sous la décision du OLG München du 29. 4. 1954 — 6 U 729/54; Schulze OLGZ 8, p. 14 et suiv.

(selon les articles 95 et 91 de la loi de 1965), mais non pas le *Piccolo Teatro*, avait acquis des droits. A défaut de ratification de la Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants par l'Italie, aucune condamnation ne pouvait non plus intervenir en se plaçant sur le terrain d'éventuels droits voisins.

Dans le commentaire qu'il a fait de cette décision⁵⁰, Kleine critique avec raison que le tribunal n'ait pas examiné si Strehler, mise à part sa contribution qui consistait simplement en la mise en scène, n'avait pas acquis à l'occasion de la mise en scène un droit d'auteur en tant qu'adaptateur parce qu'il aurait, par exemple, adapté la pièce de Goldoni qui était dans le domaine public. Cependant, étant donné l'attitude adoptée par la Cour fédérale lors de la première affaire, il aurait été difficile d'envisager que l'action intentée par le metteur en scène puisse avoir un quelconque succès également sur ce plan⁵¹.

c) A ce propos, nous indiquerons encore que le *Landgericht* de Munich⁵² a refusé la protection par un droit d'auteur aussi bien que par un droit voisin pour des dressages artistiques d'animaux (artiste présentant un éléphant dressé), et cela même compte tenu de ce que la condition de fixation pour les œuvres chorégraphiques et les pantomimes a disparu du droit actuellement en vigueur.

5. Protection des textes officiels

Les textes officiels sont expressément exclus de la protection au titre du droit d'auteur par l'article 5 de la loi de 1965. Mais, tandis que l'alinéa 1) de cette disposition (concernant essentiellement les lois, décrets, arrêtés ou avis officiels, ainsi que les décisions et les directives officielles rédigées à cette fin) ne suscite pas de difficultés particulières, on ne peut en dire autant pour les cas visés par l'alinéa 2) de cette même disposition (autres textes officiels qui, dans l'intérêt de l'Administration, ont été publiés pour que le public en prenne connaissance), dans lesquels est également exclue la protection par le droit d'auteur.

Dans une affaire sur laquelle la Cour fédérale de justice s'est prononcée⁵³, il s'agissait d'un film de documentation réalisé sur commande de l'armée fédérale, concernant l'histoire de la musique militaire et qui devait être utilisé dans le cadre de l'information du public. Le demandeur était chef du service musical de l'administration militaire et devait être considéré, ainsi que l'avait constaté la Cour, comme coauteur du scénario. Il réclamait de l'armée qu'elle fasse figurer son

⁵⁰ Schulze OLGZ 93, p. 8 et suiv.

⁵¹ Cf. aussi Krüger-Nieland, « Die Rechtsstellung des Bühnenregisseurs aus urheberrechtlicher Sicht », *UFITA*, vol. 64 (1972), p. 129 et suiv.; Leinveher, « Urheberrechtsschutz des Regisseurs », *GRUR*, 1971, p. 149 et suiv.; Schmieder, « Zur Rechtsstellung des Bühnenregisseurs », *UFITA*, vol. 63 (1972), p. 133 et suiv.; Schulze, « Rechtsbeziehungen zwischen Autor und Regisseur; einige Bemerkungen zu den dramaturgischen Problemen der Bearbeitungen (und ihrer Grenzen!) durch den Regisseur », *Film und Recht*, 1972, p. 250 et suiv.; Von Foerster, *Das Urheberrecht des Theaterregisseurs*, Berlin 1973 (*UFITA-Schriftenreihe*, n° 43).

⁵² LG München I du 21. 3. 1967 — 7 O 154/50; *UFITA*, vol. 54 (1969), p. 320; Cf. *GRUR-Bericht* n° 2426/70.

⁵³ BGH du 28. 4. 1972 — I ZR 108/70 — « Im Rhythmus der Jahrhunderte »; *GRUR*, 1972, p. 713. Cf. aussi la décision encore rendue en application du droit précédemment en vigueur par le BGH du 3. 7. 1964 — I h ZR 146/62 — « Stadtplan »; Schulze BGHZ 118; cf. *GRUR-Bericht* n° 976/66.

nom au générique du film, ce qu'elle lui refusa en rétorquant qu'il s'agissait là d'un texte officiel non protégé.

La Cour fédérale a précisé, dans sa décision, que tout intérêt public que poursuit une autorité en publiant une certaine œuvre ne constitue pas forcément un intérêt de l'Administration à la publication de l'œuvre comme prévu à l'article 5, alinéa 2), de la loi de 1965. Selon la Cour fédérale, l'intérêt de l'Administration doit porter directement sur la publication même du texte et trouver déjà tant sa fin que son expression dans celle-ci et non pas seulement dans d'autres effets escomptés de la publication, c'est-à-dire que la publication destinée à ce que le public en prenne connaissance doit aider directement l'Administration à remplir sa mission. Cette condition n'était pas remplie ici, car il n'existait aucun intérêt de l'Administration à ce que, comme le dit la Cour fédérale, le citoyen s'occupe de l'histoire de la musique militaire. Mais encore, étant donné que, si le demandeur exerçait bien son activité dans l'intérêt du service, celle-ci dépassait cependant le cadre de son contrat de travail, il a finalement été fait droit à sa requête⁵⁴.

II. Protection du droit moral de l'auteur

Dans la loi de 1965, le droit moral, dans son ensemble, a été réglementé par les articles 12 et suivants, même si quelques dispositions, dont il est possible de dire qu'elles concernent au moins partiellement le droit moral, sont énoncées ailleurs dans la loi; tel est le cas, par exemple, de l'article 25 (accès aux exemplaires de l'œuvre), de l'article 29 (caractère intransmissible du droit d'auteur entre vifs), de l'article 42 (droit de révocation pour cause de changement de convictions). A côté du droit de publication de l'article 12 de la loi de 1965, qui est lié de façon particulièrement étroite aux droits d'exploitation de l'auteur, ce sont le droit de paternité de l'article 13 et le droit à l'intégrité de l'œuvre de l'article 14 de la loi de 1965 qui se trouvent au centre de la réglementation. Il semble que la réglementation expresse de ces prérogatives que comporte la loi de 1965 ait, plus que le droit précédemment en vigueur, donné l'occasion à la jurisprudence de se pencher sur le droit moral.

1. Droit à la reconnaissance de la qualité d'auteur

o) En ce qui concerne l'aspect positif de ce droit, qui se traduit par l'obligation d'indiquer le nom de l'auteur lorsqu'il est fait usage d'une œuvre, il y a lieu de citer les affaires qui suivent. L'*Oberlandesgericht* de Munich⁵⁵ a décidé que, pour les affiches publicitaires qui doivent être considérées comme œuvres susceptibles d'être protégées en tant qu'œuvres d'art graphique selon l'article 2, alinéa 1), 4°, de la loi de 1965, l'auteur a en principe également le droit de faire mention de sa qualité d'auteur. Le tribunal n'a pas voulu tirer une autre conclusion des accords contractuels existants, aussi larges qu'ils aient été en ce qui concerne la cession des droits pécuniaires, et cela en application de la doctrine de la cession dans

⁵⁴ Cf. à ce propos aussi Katzeberger, « Die Frage des urheberrechtlichen Schutzes amtlicher Werke », *GRUR*, 1972, p. 686 et suiv.

⁵⁵ OLG München du 3. 7. 1967 — 6 U 1270/66; Schulze OLGZ 82.

un but déterminé (*Zweckübertragungstheorie*)⁵⁶, doctrine qui, comme on le voit, peut aussi jouer un rôle pour le droit moral.

Le *Landgericht* de Munich⁵⁷ a décidé que le fait de faire disparaître la mention de réserve du droit d'auteur figurant sur des plans d'architecture, même s'il ne s'agit que de calques, constitue une atteinte au droit d'auteur.

Dans une autre affaire, l'*Oberlandesgericht* de Francfort⁵⁸ a décidé que le co-publieur d'un recueil conservait le droit d'être cité au moins comme ancien publieur, même lorsqu'il ne fait plus partie du cercle des publieurs lors des éditions postérieures, et cela aussi longtemps que ces éditions portent encore la trace de son activité de co-publieur pour les éditions dont il s'est occupé. L'arrêt comporte en outre d'intéressantes constatations relatives à la notion de publieur d'un recueil ainsi qu'aux droits qui sont les siens sur le plan du droit d'auteur. Le tribunal souligne à ce propos la différence entre plusieurs numéros séparés d'une revue scientifique, d'une part, et plusieurs éditions modifiées d'un certain recueil, d'autre part.

b) L'aspect négatif de ce droit, qui n'est qu'imparfaitement évoqué par la dénomination de « droit à la reconnaissance de la qualité d'auteur », consiste en ce que l'auteur peut également insister pour que son nom ne soit pas indiqué. Ceci trouve son expression dans la loi — outre l'article 13, 2^e phrase — également dans les règles concernant les œuvres anonymes et pseudonymes (article 66). Il n'existe en fait pas de décisions concernant directement cette question. Il faut cependant citer ici quelques affaires qui concernent les problèmes juridiques soulevés par les pseudonymes, d'une part, et l'inscription d'œuvres anonymes ou pseudonymes au registre des auteurs de l'Office des brevets, d'autre part.

Dans une décision du *Landgericht* de Berlin⁵⁹, un fabricant de disques a été obligé, en raison de l'autorisation de reproduction que lui avait donnée par contrat la GEMA, de communiquer également à celle-ci, lorsqu'il lui signalait les titres des œuvres qu'il utilisait, le vrai nom de la personne se cachant derrière un pseudonyme. Autrement, il ne serait pas possible à la GEMA de vérifier si la personne qui lui est désignée à l'aide d'un pseudonyme lui a bien transmis la gérance de ses droits. Le fabricant de disques doit faire part de cette obligation contractuelle lui incombant à ses cocontractants (compositeurs, arrangeurs, etc.). Si ceux-ci ne sont pas d'accord pour que leur véritable nom soit révélé à la GEMA, il ne doit pas conclure de contrat avec eux. Selon le tribunal, l'auteur n'a pas non plus d'intérêts supérieurs dignes de protection à ce que son vrai nom soit tenu secret et qui iraient à l'encontre d'une telle conclusion, car il est bien obligé de son côté, à l'occasion de la gérance de ses droits par la GEMA, de révéler à celle-ci qui se cache derrière son pseudonyme. Pour le cas où la GEMA n'assure pas la gérance des droits, le tribunal n'a pas non plus jugé bon d'admettre qu'il y ait une atteinte à des intérêts supérieurs de l'auteur.

c) Dans un autre cas sur lequel s'est prononcé l'*Oberlandesgericht* de Hamm⁶⁰, il s'agissait de décider à qui appartenait le droit sur ce que l'on nomme un « pseudonyme d'éditeur » (*Verlagspsudonym*). Il ne s'agit pas là, comme l'a constaté le tribunal, d'un pseudonyme de l'auteur dont la protection selon l'article 13 de la loi de 1965 fait partie du droit moral, mais d'une étiquette attribuée à l'auteur par l'éditeur, qui n'a pas pour but de caractériser un certain auteur dans son individualité distinctive, mais constitue seulement pour les lecteurs une indication sur le contenu du roman, sur le genre de l'œuvre. Cette étiquette fait en réalité partie du titre de l'œuvre. Selon le tribunal, l'usage d'un tel pseudonyme implique de la part de l'auteur un exercice de son droit moral dans la mesure où il renonce alors à la communication de son vrai nom ou encore à l'usage d'un véritable pseudonyme, c'est-à-dire qu'il fait paraître son œuvre de façon anonyme. Le tribunal se prononce expressément pour le caractère licite de tels accords. En conséquence, il devait être interdit à la femme de lettres défendresse de faire usage du pseudonyme d'éditeur après que son contrat eut pris fin.

d) Quelques procédures, qui se sont déroulées devant l'*Oberlandesgericht* de Munich⁶¹, ont eu pour objet l'inscription au registre des auteurs, prévue aux articles 66, alinéas 2) et 3), et 138 de la loi de 1965. Il s'agit ici d'une institution particulière destinée aux auteurs d'œuvres anonymes ou pseudonymes. Le droit d'auteur sur de telles œuvres s'éteint en effet en général 70 ans après la publication de l'œuvre, sauf dans les cas où le véritable nom de l'auteur d'une œuvre est révélé ou bien a été déclaré pour inscription au registre des auteurs tenu à l'Office des brevets. C'est alors le délai normal de 70 ans *post mortem auctoris* qui s'applique.

Lors de la procédure d'inscription, l'Office des brevets n'a pas à vérifier la qualité de celui qui requiert l'inscription ni l'exactitude de la déclaration, mais s'il s'agit bien d'une œuvre susceptible d'être protégée. Cette dernière assertion avait été niée dans les deux premières affaires concernant certaines combinaisons de mots (Minicar et Minipreis) et les cartes publicitaires d'une entreprise de taxis, pour la partie relative au texte. Quant à la partie relative au dessin, il ne pouvait de toute façon y avoir d'inscription, car, selon l'article 66, alinéa 4), de la loi de 1965, les dispositions relatives à l'inscription ne sont pas applicables aux œuvres des arts figuratifs.

Dans la troisième décision, l'inscription a été refusée, car l'œuvre n'était pas encore publiée, ce que suppose l'article 66, alinéa 2), 2^o, lorsqu'il se réfère au délai prévu à l'article 66, alinéa 1), de la loi de 1965 (70 ans après la publication de l'œuvre). Selon la quatrième décision de l'*Oberlandesgericht* de Munich, l'adresse du requérant ne peut être inscrite sur le registre des auteurs à côté de son nom. L'inscription au registre doit seulement assurer l'application du délai normal de

⁵⁶ Cf. à ce propos IV.1. ci-dessous.

⁵⁷ LG München I du 5. 3. 1968 — 7 O 10/68 — « Urheberrechtsvermerk auf Bauplänen »; Schulze LGZ 102; cf. GRUR-Bericht n° 2079/71.

⁵⁸ OLG Frankfurt du 29. 5. 1970 — 6 U 55/67; Schulze OLGZ 107.

⁵⁹ LG Berlin du 29. 6. 1970 — 16 O 156/70 — « Bert Brac »; GRUR, 1971, p. 229.

⁶⁰ OLG Hamm du 22. 7. 1966 — 4 U 105/66 — « Irene von Velden »; Schulze OLGZ 73; cf. GRUR-Bericht n° 1782/70.

⁶¹ OLG München du 12. 6. 1967 — 6-AR 22/67; du 12. 6. 1967 — 6 AR 24/67; du 15. 6. 1967 — 6 AR 23/67; du 2. 11. 1967 — 6 AR 58/67; ces décisions sont toutes reproduites dans *UFITA*, vol. 51 (1968), p. 375 et suiv.; cf. aussi Schulze OLGZ 80 et 81, ainsi que GRUR-Bericht n° 2397/69.

protection à l'œuvre pseudonyme, mais elle ne doit pas servir à la publicité.

Il convient de se réjouir de ces quatre décisions concernant le registre des auteurs, du fait qu'elles rectifient les idées fausses exprimées ici et là sur la signification et la fonction du registre des auteurs. Kleine⁶² indique en fait que des tentatives pourraient être faites pour essayer d'utiliser cette procédure d'inscription, destinée à sauvegarder le délai normal de protection, pour obtenir une attestation officielle indiquant que l'œuvre pour laquelle l'inscription est requise est bien susceptible d'être protégée selon le droit d'auteur. Les sévères conditions de la procédure d'inscription limiteront cependant un tel abus⁶³.

2. Droit à l'intégrité de l'œuvre

Toute une série de décisions confirment le droit de l'auteur et de ses héritiers d'interdire les déformations et autres atteintes portées à son œuvre, qui sont propres à compromettre les intérêts légitimes, spirituels ou personnels, qu'il possède sur son œuvre. Pour compléter cette disposition qui figure à l'article 14 de la loi de 1965, il y a encore lieu de faire mention de l'article 39 de la loi de 1965 qui dispose que le titulaire d'un droit d'usage ne peut lui non plus modifier l'œuvre qu'avec l'accord de l'auteur, à l'exception des modifications pour lesquelles l'auteur ne peut, de bonne foi, refuser son consentement.

a) C'est sur le terrain de la tension existant entre les exigences d'une « mise en scène moderne » et le droit d'interdire les modifications qui appartient à l'auteur que se place l'affaire *Maske in Blau* sur laquelle s'est prononcée la Cour fédérale⁶⁴. Il s'agissait ici d'une mise en scène par trop moderne de l'opérette de ce nom, caractérisée par des coupures ainsi que des modifications du texte et des caractères, des projections d'intermèdes filmés et l'insertion de musique d'autres compositeurs⁶⁵. Les metteurs en scène avaient consciemment cherché à ironiser sur l'œuvre en ayant en vue un « persiflage » de celle-ci.

La Cour fédérale de justice s'efforce, dans son arrêt, de se montrer autant que possible équitable envers les deux parties. Son interprétation de l'article 39 de la loi de 1965 mérite d'être soulignée et exposée en détails. La Cour fédérale souligne tout d'abord que l'interdiction de modification est un pouvoir immanent au droit de l'auteur en tant que maîtrise du créateur sur l'œuvre surgie de son esprit, pouvoir qui sert à protéger l'intérêt qu'a l'auteur à décider lui-même sous quelle forme son « enfant spirituel » doit être présenté au public. Elle déclare ensuite qu'il n'est pas possible de poser de règles rigides et valables de façon générale qui définiraient quelles sont les modifications qui doivent être autorisées selon la bonne foi. La comparaison qui s'impose en cas de conflit

entre les intérêts moraux de l'auteur et les intérêts propres au titulaire du droit d'usage peut, selon le niveau de l'œuvre en question et le but dans lequel il est prévu au contrat que le droit d'usage est concédé, conduire à laisser au titulaire du droit d'usage une liberté plus ou moins large pour apporter des modifications à l'œuvre.

Etant donné que la représentation sur scène d'une œuvre destinée à celle-ci nécessite l'adaptation de l'œuvre écrite à la scène, il est depuis longtemps débattu dans les milieux du théâtre de la mesure dans laquelle l'interdiction de modification pose des limites à la réalisation de la version scénique. Comme toute représentation scénique dépend des conditions dans lesquelles se trouve le théâtre en question, des locaux dont il dispose, de la composition de sa troupe, du budget qu'il peut consacrer aux décors et aux costumes, les metteurs en scène de théâtre ont intérêt à n'être pas liés trop étroitement à l'œuvre telle qu'elle a été réalisée par son auteur, en particulier aux indications qu'il pourrait avoir données quant à la mise en scène, et à pouvoir donc procéder de leur propre initiative à des coupures de peu d'importance, à la suppression de petits rôles ainsi qu'à d'autres modifications de même nature. L'opinion s'est également imposée toujours davantage selon laquelle le metteur en scène n'est pas seulement en quelque sorte un « aide » de l'auteur de l'œuvre, mais peut très bien, lorsqu'il fait passer l'œuvre écrite de la sphère des concepts à celle des sens, déployer une activité créatrice dont la valeur propre doit être prise en considération à côté de celle de la création de l'œuvre écrite.

Toujours selon la Cour fédérale, cela ne signifie cependant aucunement que les pouvoirs que le créateur de l'œuvre tient du droit d'auteur ne posent pas certaines limites à l'arbitraire du metteur en scène. Si l'œuvre est modifiée dans ses traits essentiels lorsque est préparée la représentation de l'œuvre, le consentement des titulaires du droit d'auteur est ici nécessaire sans qu'il y ait lieu de rechercher si, par exemple, les idées concernant la mise en scène sont défendables du point de vue artistique ou même favorisent manifestement le succès de l'œuvre auprès du public. En cas de divergence d'opinions entre l'auteur et le metteur en scène sur la forme à donner à la représentation par laquelle l'œuvre doit être présentée au public, c'est toujours, en dehors de toute question de valeur artistique, l'opinion de l'auteur qui est décisive lorsque la forme de représentation souhaitée par le metteur en scène modifie l'œuvre dans l'essentiel du message qu'elle comporte, car l'interdiction de modification contenue à l'article 39, alinéa 1), de la loi de 1965 entre alors en application.

C'est en raison de la tendance très marquée de la mise en scène à un « persiflage » de l'opérette que la Cour fédérale, malgré ce critère libéral en faveur des metteurs en scène, en est finalement venue à prononcer une condamnation. Par ailleurs, l'opinion favorable avancée, de façon étonnante, par la Cour fédérale sur l'activité créatrice des metteurs en scène semble être dans une certaine contradiction avec d'autres décisions dans lesquelles la protection par le droit d'auteur a été refusée aux metteurs en scène, même dans les cas où ils avaient déployé une remarquable activité d'arrangeurs⁶⁶.

⁶² Notes sous Schulze OLCZ 80 et 81.

⁶³ Cf. également Schulte, « Die Urheberrolle beim Deutschen Patentamt », *UFITA*, vol. 50 (1967), p. 32 et suiv.; Kniefel, « Erfahrungen mit dem patentamtlichen Eintragungsverfahren von Urheberrechten », *GRUR*, 1968, p. 352 et suiv.

⁶⁴ BGH du 29. 4. 1970 — I ZR 30/69 — « Maske in Blau »; Schulze BChZ 174; cf. *GRUR-Bericht* n° 2464/72.

⁶⁵ Ulmer renvoie, dans sa note sous cette décision, à la *GRUR*, 1971, p. 40 et suiv., aux parallèles relevables dans des décisions étrangères, en particulier à l'affaire de la mise en scène de *La Veuve joyeuse* par Maurice Béjart à Bruxelles.

⁶⁶ Cf. I.4. ci-dessus.

Cependant, ainsi que le montre Ulmer⁶⁷, la Cour fédérale n'a pas traité avec suffisamment de nuances d'une question accessoire soulevée dans ce litige. Il fallait en effet décider dans quelle mesure le demandeur, éditeur d'œuvres scéniques, était même en mesure d'exercer les prérogatives du droit moral. Il y a finalement lieu de répondre positivement à cette question car, selon la conception allemande, le droit moral n'est pas soustrait à toute disposition contractuelle. L'auteur peut aussi bien permettre des modifications que donner pouvoir à d'autres que lui d'exercer en leur propre nom les prérogatives attachées au droit moral.

b) Dans une affaire sur laquelle a eu à se prononcer l'*Oberlandesgericht* de Munich⁶⁸, l'organisme de radiodiffusion défendeur avait diffusé l'enregistrement d'une pièce destinée à la télévision, intitulée *In der Sache J. Robert Oppenheim*, en y introduisant des interventions et des commentaires qui, parfois, duraient plus de cinq minutes et par lesquels la pièce se trouvait interrompue à de nombreuses reprises et morcelée. Ainsi que l'a constaté le tribunal, la « commentatrice » que faisait intervenir le défendeur était suffisamment séparée de la pièce elle-même pour que l'impression ne puisse par exemple pas naître qu'il se serait agi d'un personnage prévu par l'auteur lui-même. Cependant, l'auteur n'est pas seulement protégé contre les adaptations qu'il n'a pas souhaitées, mais il l'est également contre toutes autres déformations. Ainsi que le souligne le tribunal, qui a finalement prononcé une condamnation à des dommages-intérêts, il ne saurait être question de rechercher si la pièce a été améliorée ou détériorée par l'adjonction de la « commentatrice ».

Cette affaire présente encore un intérêt du fait qu'elle se trouve à la limite des cas où il n'est absolument pas touché à la pièce elle-même, mais où l'atteinte qui lui est portée résulte seulement du milieu et des circonstances dans lesquels elle est jouée ou diffusée.

c) Dans une affaire ayant donné lieu à décision du *Kammergericht* de Berlin⁶⁹, l'organisme de radiodiffusion défendeur a lui aussi été condamné à des dommages-intérêts pour avoir diffusé, malgré les réserves expresses de la demanderesse, une adaptation d'une pièce policière réalisée sans son autorisation. Quantité de citations d'un autre auteur (Oscar Wilde) avaient été introduites sans nécessité dans la pièce, qui, de l'avis du tribunal, en modifiaient de façon grossière le caractère.

Ce qui est important dans cette constatation est que, de la sorte, la condition pour qu'il y ait déformation grossière au sens de l'article 93 de la loi de 1965 était aussi remplie. Cette disposition limite en effet le droit moral des auteurs de films et des auteurs d'œuvres utilisées pour la réalisation de films dans la mesure où ils ne peuvent interdire, pour ce qui concerne la réalisation et l'exploitation de l'œuvre cinématographique, que les déformations grossières ou d'autres atteintes grossières infligées à leurs œuvres. Il n'aurait donc pas suffi ici d'une simple déformation au sens de l'article 14 de la loi de 1965.

Au contraire, la Cour fédérale de justice⁷⁰ a décidé qu'il n'y avait pas d'atteinte au droit moral lorsqu'un organisme de radiodiffusion exigeait des auteurs d'un manuscrit qu'il leur a commandé pour une pièce policière destinée à la télévision, qu'ils y apportent des modifications; les auteurs sont en effet libres de ne pas procéder aux modifications souhaitées, même s'ils encourent en fait de la sorte le risque que l'organisme de radiodiffusion refuse alors de considérer l'œuvre comme prête à être diffusée et qu'il ne leur soit de ce fait pas possible de revendiquer la totalité de leurs honoraires.

d) Selon une autre décision de la Cour fédérale⁷¹, ces principes s'appliquent également aux relations entre le maître de l'ouvrage et l'architecte lorsqu'ils ne peuvent s'entendre sur les couleurs à appliquer sur une construction et que l'architecte n'a pas fait part de ses idées en ce qui concerne la disposition des couleurs de la peinture extérieure au moment où il a présenté ses plans. En cas de doute, ainsi qu'en a décidé la Cour fédérale, le droit de déterminer la disposition des couleurs appartient au maître de l'ouvrage sans qu'il y ait là atteinte au droit moral. Les architectes auxquels il importe que le bâtiment soit édifié jusque dans ses moindres détails uniquement selon leurs conceptions artistiques doivent donc se faire expressément garantir par contrat leur liberté de réalisation artistique sur ce point.

Une décision du *Kammergericht* de Berlin⁷², rendue alors que celui-ci n'avait, il est vrai, pas encore eu connaissance de la décision de la Cour fédérale de justice, se trouve en contradiction manifeste avec le précédent arrêt. Le tribunal a ici reconnu à l'architecte le droit de faire interdire au maître de l'ouvrage de faire peindre le bâtiment avec d'autres couleurs que celles choisies par l'architecte, bien que tout accord préalable concernant la couleur eut ici aussi fait défaut, de même que toute indication de couleur sur les plans.

e) Le droit moral de l'architecte a également fait l'objet d'une décision déjà citée de l'*Oberlandesgericht* de Hamm⁷³. Il s'agissait dans cette affaire de savoir s'il était porté atteinte au droit d'auteur de l'architecte matérialisé dans les parties déjà construites d'un ensemble de bâtiments scolaires, ou bien à la conception d'ensemble de la construction projetée qui se dégage de ce qui a déjà été construit, par le fait qu'une salle de réunions avait été ajoutée aux bâtiments déjà existants, d'après les plans totalement différents d'un autre architecte. Bien que le tribunal n'exclut pas qu'il puisse y avoir là une modification interdite ou même un « massacre », il ne considère pas qu'il en soit ainsi dans le cas concret à défaut d'une unité suffisante de la conception dans son ensemble et du fait que les parties avaient dès l'origine compté avec une possible division du projet.

Par contre, le *Landgericht* de Cologne⁷⁴ a décidé que, dans le cas où l'on ajoute un bâtiment, il faut demander

⁷⁰ BGH du 27. 11. 1970 — I ZR 32/69; Schulze BGHZ 180; cf. GRUR-Bericht n° 2210/72.

⁷¹ BGH du 11. 12. 1970 — I ZR 38/69; NJW, 1971, p. 556.

⁷² KG Berlin du 10. 8. 1967 — 5 U 1258/67; Schulze KGZ 45; cf. GRUR-Bericht n° 1990/70.

⁷³ Cf. I.L.d.) ci-dessus.

⁷⁴ LG Köln du 6. 1. 1970 — 5 O 237/68; Schulze LGZ 123; GRUR-Bericht n° 2444/72.

⁶⁷ *Loc. cit.*, p. 41.

⁶⁸ OLG München du 15. 4. 1971 — 6 U 2040/70; à notre connaissance, cette décision n'est pas encore publiée.

⁶⁹ KG Berlin du 27. 6. 1969 — 5 U 644/68; *UFITA*, vol. 59 (1971), p. 279.

l'accord de l'architecte pour utiliser ses plans et pour réaliser un bâtiment imitant le corps de bâtiment construit par lui. Il ne s'agissait cependant en fait pas ici d'une question de droit moral, mais de la copie d'un bâtiment sans autorisation, c'est-à-dire d'une reproduction non autorisée de l'œuvre⁷⁵. D'autre part, le tribunal met en question la possibilité pour l'architecte d'exiger, en raison du droit d'auteur qu'il possède, d'être à nouveau appelé en tant qu'architecte en cas d'extension de l'édifice; à défaut d'accord contractuel, une telle faculté devrait lui être refusée.

f) Il faut encore noter que le *Landgericht* de Munich⁷⁶ a accordé à un dessinateur industriel des dommages-intérêts pour atteinte à son droit moral, du fait que la société défendresse avait modifié l'affiche qu'il avait réalisée pour pouvoir couvrir la surface trop grande louée par erreur sur une colonne Morris⁷⁷.

3. Droit d'accès

Le droit d'accès aux exemplaires de l'œuvre (article 25 de la loi de 1965) prend place dans la loi parmi les « autres droits » de l'auteur, constituant un troisième groupe s'ajoutant aux prérogatives découlant du droit moral et aux droits d'exploitation. Ce droit a une nature mixte, tenant à la fois du droit moral et du droit patrimonial, ce qui, par ailleurs, vaut dans une certaine mesure pour toutes les prérogatives découlant du droit moral, mais également pour les droits d'exploitation.

C'est, pour autant que nous le sachions, l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf⁷⁸ qui a rendu la première décision relative au droit d'accès aux exemplaires de l'œuvre selon l'article 25 de la loi de 1965. Il s'agissait de l'auteur d'un ouvrage historique demandant, le contrat d'édition n'ayant pas été conclu, que lui soit donné accès à certaines parties du manuscrit qui se trouvait encore chez l'éditeur. Celui-ci se retranchait derrière son droit de rétention selon l'article 275 du Code civil, prétendant avoir encore, à l'encontre de l'auteur, droit au remboursement de certaines sommes par suite de la non-conclusion du contrat.

Le tribunal devait donc examiner si des intérêts légitimes du possesseur de l'œuvre ne s'opposaient pas au droit de l'auteur d'accéder aux exemplaires de celle-ci. (Étant donné qu'il s'agissait d'une requête présentée dans le cadre d'une procédure de référé, il fallait de plus décider si le droit d'accès pouvait bien être reconnu à l'issue d'une telle procédure, car le demandeur obtenait, de la sorte déjà, satisfaction quant au fond. En l'espèce, le tribunal a admis cette possibilité.)

Lors de l'évaluation des intérêts en présence, le tribunal a tout d'abord constaté que les intérêts légitimes du possesseur de l'exemplaire de l'œuvre s'opposant à l'exercice du droit d'accès, prévus par l'article 25, pouvaient fort bien aussi être

des intérêts matériels. En fin de compte, il a cependant attaché une valeur moindre aux intérêts opposés par l'éditeur qu'à l'intérêt pressant qu'avait l'auteur à pouvoir compléter son manuscrit en vue de sa publication ainsi qu'à prévenir le danger que le manuscrit perde de son actualité après un certain temps et ne puisse plus par la suite lui apporter les avantages qu'il s'en était promis pour améliorer sa position tant sur le plan professionnel que scientifique. Le tribunal a encore fait l'importante constatation qu'en cas de participation de plusieurs auteurs à l'élaboration d'une œuvre, indépendamment de la nature du lien existant entre eux (coauteurs ou auteurs d'œuvres jointes), chacun peut revendiquer pour lui-même le droit d'accéder aux exemplaires de l'œuvre.

4. Droit moral et droit de la personnalité en général

Les dispositions particulières consacrées dans la loi de 1965 au droit moral établissent en même temps une nette distinction entre celui-ci et le droit de la personnalité en général⁷⁹, qui a, lui aussi, fait l'objet de nombreuses décisions au cours de la période à laquelle est consacrée cette « Lettre ». Il est impossible, ne serait-ce que pour des raisons de place, de les évoquer dans cet exposé de l'évolution du droit d'auteur. C'est pourquoi nous nous bornerons à citer une seule affaire qui, plus que toute autre, a fait également grand bruit hors du monde des spécialistes et se trouve en même temps très proche du droit d'auteur.

Le litige portait sur le roman *Mephisto* de Klaus Mann, fils de Thomas Mann, qui mourut jeune. Pour anticiper dès maintenant sur l'issue du procès, ce roman, qui a été porté jusque devant la Cour fédérale constitutionnelle, ne doit jusqu'à nouvel ordre pas paraître en Allemagne fédérale. On en trouvera les raisons dans un exposé succinct des intéressants faits de la cause ainsi que dans les motifs tirés de plusieurs décisions.

Le demandeur au procès, qui a tout d'abord emprunté la voie civile, était le fils adoptif et unique héritier de l'acteur, metteur en scène et régisseur Gustaf Gründgens, mort en 1963. Il réclamait que soit interdite la distribution du livre, dont le titre exact était *Mephisto — Roman einer Karriere* et dont la parution avait été annoncée par une maison d'édition de Munich, et qui avait été mis sur le marché pendant une courte période après que le tribunal de première instance eut rendu une décision favorable à l'éditeur. Ce livre avait été écrit par Klaus Mann, après qu'il eut émigré d'Allemagne, dans les années 1933 à 1936. Il avait déjà paru en 1936 chez un éditeur d'Amsterdam et aussi par la suite, après la mort de l'auteur en 1949, à Berlin-est en 1956.

Klaus Mann, dont la sœur, Erika Mann, avait été quelque temps l'épouse de Gustaf Gründgens, décrit dans le roman l'ascension d'un acteur de grand talent, du nom de Hendrik Höfgen, qui renie ses convictions politiques et fait abstraction de toutes ses attaches humaines et ses obligations morales pour faire une carrière artistique en pactisant avec les détenteurs du pouvoir en Allemagne nationale-socialiste.

⁷⁹ Quant à cette délimitation, cf. BGH du 5.3.1971 — I ZR 94/69 — « Petite Jacqueline »; Schulze BGHZ 181 avec une note critique de Neumann-Duesberg, *loc. cit.*, p. 10 et suiv.; cf. aussi l'article du même auteur dans NJW, 1971, p. 1640 et suiv., et Rungc, « Das Urheber- und allgemeine Persönlichkeitsrecht », UFITA, vol. 54 (1969), p. 1 et suiv.

⁷⁵ Cf. aussi OLG Hamburg du 25.2.1971 — 3 U 160/70; UFITA, vol. 65 (1972), p. 290, et encore OLG München du 8.5.1969 — 6 U 2386/68; Schulze OLGZ 96.

⁷⁶ LG München I du 2.8.1966 — 7 O 117/66 — « Viel Spaß mit »; Schulze LGZ 119.

⁷⁷ Quant à cette affaire dans son ensemble, cf. aussi Nahme, « Veränderungen an urheberrechtlich geschützten Werken der Baukunst und Gebrauchskunst », GRUR, 1966, p. 474 et suiv.

⁷⁸ OLG Düsseldorf du 25.6.1968 — 20 U 90/68 — « Geschichtsbuch »; Schulze OLGZ 99; cf. GRUR-Bericht n° 423/72.

De nombreux détails du personnage romanesque de Höfgen correspondent aux traits et à la vie de Gründgens. Mais en même temps que ces faits qui reflètent visiblement la réalité, de nombreux détails non conformes à la vérité ont été dépeints, relatifs à sa vie politique, privée et intime, de sorte que le lecteur, ainsi qu'en ont en tout cas décidé les tribunaux, retire une image fautive et défavorable de la personne qu'a été Gründgens et que l'ensemble est devenu un « écrit diffamatoire sous forme de roman ». L'*Oberlandesgericht* de Hambourg⁸⁰ et la Cour fédérale de justice⁸¹, en seconde et troisième instances, ont considéré la demande fondée dans toutes ses conclusions. Il a été interdit de distribuer le livre ou de continuer à le distribuer. Dans l'action constitutionnelle également intentée par la maison d'édition contre l'arrêt de la Cour fédérale, le demandeur a pu triompher en s'appuyant sur les règles générales du droit de la personnalité; le nombre de voix ayant été égal lors du vote (3 à 3), la Cour fédérale constitutionnelle⁸² n'a pu, ce qui aurait correspondu à la demande, constater d'atteinte à la Constitution (*Grundgesetz*).

Lorsqu'elle a tranché la question décisive de savoir où passe la ligne d'équilibre entre la garantie de la liberté de l'art selon l'article 5 de la Constitution et le droit fondamental au développement de la personnalité (articles 1 et 2 de la Constitution), la Cour fédérale a conclu, sans que cela ait ensuite suscité la critique de la Cour fédérale constitutionnelle, que le droit d'exercer librement une activité artistique trouvait sa limite naturelle dans le droit de la personnalité qui est, lui aussi, garanti par la Constitution. Cette limite est dépassée lorsque l'image donnée de la vie d'une certaine personne, qui a aussi manifestement qu'en l'espèce servi de modèle, se trouve déformée négativement par l'adjonction de faits qui sont le fruit de la pure imagination, sans que l'on puisse déceler qu'il s'agit là d'une exagération satirique ou autre. L'auteur devrait, dans un tel cas, faire en sorte qu'il soit impossible de découvrir aucun rapport avec le modèle.

Mises à part ces questions du droit de la personnalité qui débouchent sur le droit constitutionnel, toute une série de questions particulières du droit de la personnalité ont dû être résolues au cours de la procédure, par exemple le maintien ou la disparition de ce droit après la mort, sa mise en jeu par les héritiers légaux ou par les proches parents, la durée limitée de ce droit.

Il reste pourtant une consolation pour la maison d'édition qui a été déboutée, mais sans nul doute aussi pour les lecteurs qu'intéressent la littérature et l'histoire: la Cour fédérale a laissé entendre qu'étant donné la durée limitée du droit de la personnalité une publication ultérieure du roman n'était pas exclue⁸³.

III. Droits d'exploitation et leurs limites légales

Les droits d'exploitation de l'auteur, réglementés aux articles 15 et suivants de la loi de 1965, se répartissent en deux groupes: le droit d'exploitation sous une forme corporelle (droits de reproduction, de mise en circulation et d'exposition) et le droit de communication publique sous une forme incorporelle (droits de récitation, d'exécution, de représentation et de présentation, droit de radiodiffusion, droit de communication au moyen d'un support visuel ou sonore, droit de communication d'émissions radiodiffusées). Pour définir plus précisément la portée de ces droits exclusifs de l'auteur, il faut cependant tenir compte des limites légales que leur apportent les articles 46 et suivants de la loi de 1965; il est évident qu'en cas de litige né d'une atteinte supposée aux droits de l'auteur, ce sont justement l'interprétation et la portée de chacune de ces limites qui se trouvent maintes fois en question.

I. Portée du droit de citation selon l'article 51 de la loi de 1965

a) Parmi les litiges dans lesquels la portée du droit de citation selon l'article 51 de la loi de 1965 a été mise en question, il faut mentionner en premier lieu l'affaire *Kandinsky* qui a été portée devant de nombreuses instances par les deux parties opposées avec une même opiniâtreté et qui n'est pas revenue moins de trois fois devant la Cour fédérale de justice. Nous ne ferons que mentionner ici le rôle joué par les vieilles rivalités qui ont existé entre Gabriele Münter, disparue depuis longtemps déjà, elle-même peintre et ancienne compagne de Kandinsky, et l'épouse de celui-ci, Nina Kandinsky, demanderesse au procès.

Les faits à l'origine de ce procès à sensation étaient en résumé les suivants: l'auteur et éditeur L. G. Buchheim, défendeur au procès, avait publié en 1959 un livre dont il était l'auteur et qui était intitulé *Der Blaue Reiter und die Neue Künstlervereinigung München*; le texte de ce livre décrivait les groupes d'artistes créés sous ces noms à Munich au début de ce siècle, au développement desquels Wassily Kandinsky et Gabriele Münter ont pris une part importante. Le livre comportait encore des biographies consacrées à certains artistes, notamment à Kandinsky et à Gabriele Münter. À côté du texte et réparties dans l'ouvrage, le livre contenait 314 reproductions, soit en couleurs, soit en noir et blanc, de tableaux des artistes dont il était question; parmi celles-ci se trouvaient aussi 69 reproductions d'œuvres de Kandinsky. Un grand nombre des tableaux reproduits dans le livre appartiennent à la « Gabriele-Münter-Stiftung », une donation faite par Gabriele Münter à la Ville de Munich, à l'occasion de son 80^e anniversaire. La veuve de Kandinsky, Nina Kandinsky, invoquant ses droits d'auteur en tant qu'héritière du peintre, se plaignait d'une atteinte portée à ses droits, bien que Buchheim eût retiré de multiples conversations et échanges de lettres l'impression qu'elle était d'accord avec la publication du livre.

Dans la première phase du procès, à laquelle a mis fin le premier arrêt de la Cour fédérale de justice⁸⁴, la question

⁸⁰ OLG Hamburg du 10. 3. 1966 — 3 U 372/1965; Schulze OLGZ 64.

⁸¹ BGH du 20. 3. 1968 — I ZR 44/66 — « Mephisto »; Schulze BGHZ 151; cf. GRUR-Bericht n° 1780/70.

⁸² BVerfG du 24. 2. 1971 — 1 BvR 435/68 — « Mephisto »; Schulze BVfG 7; cf. GRUR-Bericht n° 2048/72.

⁸³ Cf. également, sur l'ensemble de cette affaire, Buschmann, *NJW*, 1970, p. 2081 et suiv.; Hirsch-Ballin, « Mephisto », *UFITA*, vol. 59 (1971), p. 21 et suiv.; Krüger-Nieland, « Persönlichkeitsschutz Verstorbener als Schranke der Freiheit der Kunst », *GRUR*, 1968, p. 523 et suiv.; du même auteur, « Das Recht der Persönlichkeit und die Freiheit der Kunst », *UFITA*, vol. 53 (1969), p. 181 et suiv.; cf. encore, comme exemple de la discussion hors des cercles juridiques, Kaiser, « Darf Mephisto nicht erscheinen? », *Süddeutsche Zeitung* des 31. 7./1. 8. 1971 (supplément culturel).

⁸⁴ BGH du 3. 4. 1968 — I ZR 83/66 — « Kandinsky I »; Schulze BGHZ 152; cf. GRUR-Bericht n° 2186/70.

décisive était celle de savoir si les actes de Buchheim — indépendamment du problème de l'acquisition des droits de reproduction — étaient couverts par l'article 51, 1°, de la loi de 1965; selon celui-ci, la reproduction et la mise en circulation sont licites lorsque des œuvres isolées sont, après leur parution et dans une mesure justifiée par le but poursuivi, reprises dans un ouvrage scientifique indépendant, pour en éclairer le contenu. Le tribunal de première instance, interprétant avec bienveillance ce texte, avait répondu affirmativement à la question posée; la Cour fédérale de justice y a au contraire apporté une réponse négative, s'appuyant sur une argumentation convaincante comportant une interprétation précise des données particulières de cette disposition, mais laissant cependant sans réponse la question de savoir si le livre en cause constituait une œuvre scientifique, ainsi que l'avait admis la cour d'appel.

La Cour fédérale constate tout d'abord que l'article 51, qui constitue l'une des limites posées au droit exclusif de l'auteur, a un caractère d'exception et doit être interprété en conséquence. L'utilisation de l'œuvre de l'esprit d'un tiers au bénéfice de sa propre création n'est permise que dans une mesure restreinte. La Cour indique ensuite ce qu'il faut entendre par les termes « pour en éclairer le contenu », et définit la mesure dans laquelle il est permis de compléter une œuvre en y faisant figurer des œuvres des arts figuratifs. Elle constate à ce propos que tout ce qui éclaire le contenu constitue bien l'une certaine façon un complément, cependant que tout complément n'éclaire pas forcément le contenu. Il est permis de compléter un texte par des illustrations seulement lorsque celles-ci, de même qu'une citation, se rattachent à des développements intellectuels précis pour en éclairer le contenu; il doit alors être possible de discerner cette relation entre l'explication et le contenu intellectuel. Si l'on considérait que, pour les ouvrages d'histoire de l'art, il serait suffisant pour justifier la liberté de citation non seulement de poursuivre le but d'éclairer le contenu de l'œuvre scientifique, mais aussi de poursuivre le seul but plus général de compléter l'œuvre, on méconnaîtrait alors le sens de la citation qui est de donner une justification à ses propres développements en faisant appel aux idées d'autrui et d'aider de la sorte à la compréhension de ces développements. Or, pour le livre litigieux, cette relation extérieure aussi bien que la relation interne concrète entre le contenu intellectuel de l'œuvre scientifique et les œuvres de Kandinsky reproduites faisaient défaut; les images constituaient en fait un assemblage de reproductions en grande partie dépourvu de commentaire.

La Cour fédérale a encore procédé à une importante constatation concernant les termes « œuvres isolées ». Il est tout d'abord sans importance que le droit d'auteur sur les œuvres incluses se trouve dans une ou plusieurs mains. Mais encore, la Cour s'en tient à l'interprétation déjà établie en vertu de la législation antérieure, et selon laquelle il ne faut entendre par « œuvres isolées » qu'un petit nombre d'œuvres du même artiste. Le critère de référence est l'ensemble des œuvres créées par l'artiste et l'on ne saurait fixer de règle purement arithmétique. Cependant, ces termes contiennent une limite absolue dans la mesure où, même au cas où la création d'un artiste est numériquement importante, seul un petit nombre

d'œuvres peut être inclus, et non pas un grand nombre d'entre elles sous le prétexte que les nombreuses œuvres reproduites ne représenteraient encore qu'une faible partie en comparaison de l'ensemble de l'œuvre de cet artiste. Etant donné le nombre élevé (69) d'œuvres de Kandinsky reproduites, on ne pouvait finalement pas dire qu'il s'agissait d'« œuvres isolées » au sens d'un petit nombre d'œuvres.

Après que la Cour fédérale eut de la sorte privé l'éditeur poursuivi du soutien de l'article 51, 1°, il restait à rechercher, dans la seconde phase du procès, si Buchheim n'avait cependant pas obtenu l'autorisation de reproduction. Mais il n'a pas non plus été donné à l'éditeur de triompher dans cette phase. Après que la Cour fédérale eut dans son deuxième arrêt⁸⁵, adoptant là aussi une position différente de celle du tribunal de première instance, posé les principes de solution à cette question, il a finalement été fait droit par l'*Oberlandesgericht* de Munich⁸⁶, sur renvoi, à la requête introduite par Nina Kandinsky afin de faire cesser les actes faisant l'objet de la demande; cette décision a été confirmée par la Cour fédérale dans son troisième arrêt⁸⁷.

Nous n'aborderons pas ici dans leurs détails les questions embrouillées de droit des contrats qui se sont posées au cours de la deuxième phase. Il s'agissait en particulier de savoir dans quelle mesure Gabriele Münter avait aussi acquis des droits d'auteur sur les œuvres que Kandinsky lui avait laissées en propriété, droits qu'elle aurait alors pu transmettre à la Ville de Munich. Il suffit de retenir que la Cour fédérale, conformément au principe de la liberté de la forme applicable aux contrats concernant les droits d'auteur, s'en tient à l'idée que l'on peut également déduire du comportement du titulaire des droits que les droits d'usage ont été tacitement cédés. Cependant, la volonté de contracter doit s'exprimer, de façon non équivoque, en ce sens; c'est pourquoi l'on ne pouvait, dans la présente espèce, déduire de la seule approbation d'un projet dans sa conception initiale une autorisation de reproduction donnée de façon générale pour chacun des tableaux. Dans de tels cas, il est en fait normalement nécessaire qu'il y ait, pour chaque tableau, autorisation expresse de reproduction dans le livre.

C'est finalement à l'opiniâtreté des parties que le droit d'auteur allemand doit de s'être enrichi d'importantes décisions relatives au droit de citation, mais aussi au droit des contrats concernant le droit d'auteur⁸⁸.

b) Il faut encore citer quelques autres décisions concernant l'article 51, 1°, de la loi de 1965 (longue citation scientifique), et tout d'abord deux décisions du *Landgericht* de Berlin. Dans la première⁸⁹, il s'agissait de savoir s'il était permis à la jaquette d'une étude critique sur les livres destinés aux enfants et aux adolescents de reproduire notamment le dessus

⁸⁵ BGH du 20. 11. 1970 — I ZR 50/69 — « Kandinsky II »; Schulze BGHZ 179; cf. GRUR-Bericht n° 844/72.

⁸⁶ OLG München du 14. 7. 1971 — 6 O 1207/71; *UFITA*, vol. 64 (1972), p. 264; cf. GRUR-Bericht n° 116/73.

⁸⁷ BGH du 2. 3. 1973 — I ZR 132/71 — « Kandinsky III »; *GRUR*, 1973, p. 602.

⁸⁸ Cf. à ce propos aussi Leinweber, « Rechtsprobleme um das sogenannte „große und kleine Zitat“ zu wissenschaftlichen Zwecken », *GRUR*, 1966, p. 479 et suiv.; du même auteur, « Nochmals: Der urheberrechtliche Fall „Kandinsky“ », *GRUR*, 1969, p. 130 et suiv.

⁸⁹ LG Berlin du 11. 2. 1970 — 16 O 15/70; Schulze LGZ 126; cf. *GRUR-Bericht* n° 1261/73.

de la couverture du livre bien connu pour adolescents, d'Erich Kästner, *Emil und die Detektive* (dessin de la couverture de Walter Trier et titre). Le tribunal fait tout d'abord l'importante constatation qu'une illustration de livre se trouve bien dans une relation intellectuelle avec le contenu du livre, mais qu'elle ne fait pas partie du livre d'une façon telle que la reproduction de l'illustration puisse être considérée comme n'étant qu'un « passage » d'une œuvre constituant un tout, au sens de l'article 51, 2°, de la loi de 1965 (courte citation). L'illustration constitue en fait une œuvre indépendante dont la reproduction complète ne peut être justifiée que dans le cadre d'une longue citation (article 51, 1°). A ce point de vue cependant, il n'était pas satisfait à la condition d'« éclairer le contenu », car l'auteur de l'étude critique, tout en faisant porter sa critique sur le livre de Kästner, n'y avait pas soumis en même temps les illustrations de Walter Trier.

Dans le second arrêt du *Landgericht* de Berlin⁹⁰, une décision analogue a été rendue pour la reproduction de diagrammes et autres illustrations semblables protégées (*Schaubilder*) dans un traité intitulé *Schaubildtechnik* et concernant leur technique de réalisation; il y avait lieu ici aussi de considérer chacun des diagrammes comme une œuvre complète formant un tout, de sorte que seul l'article 51, 1° (longue citation) pouvait être appliqué. Mais les diagrammes avaient été introduits dans l'ouvrage contenant l'emprunt en tant qu'exemples d'application des moyens et méthodes particuliers de représentation et, aux endroits considérés du livre, en constituaient à eux seuls la composante principale que le texte se bornait à commenter; de la sorte, sans utilisation des diagrammes, l'ouvrage aurait été en grande partie incompréhensible, et le *Landgericht* a décidé que le cadre dans lequel la longue citation est permise se trouvait ainsi dépassé.

c) Un jugement du *Kammergericht* de Berlin⁹¹ a dû décider si le défendeur avait le droit de citer le refrain d'une chanson à succès à propos d'un mot clef, faisant partie du « Lexikon der Erotik » publié régulièrement par fragments dans un illustré. Le tribunal souligne tout d'abord que la condition pour qu'une citation puisse être licite selon l'article 51 est que l'œuvre dans laquelle est faite la citation soit elle-même susceptible d'être protégée par le droit d'auteur, ce qui a été admis dans le cas particulier. Mais comme, selon le tribunal, l'accent était placé dans le « Lexikon der Erotik » sur le divertissement du lecteur, il n'y avait pas là d'œuvre scientifique au sens de l'article 51, 1°, de la loi de 1965, de sorte que toute application de cette disposition se trouvait de prime abord exclue. Mais le tribunal a encore estimé que la limite de la courte citation permise selon l'article 51, 2°, de la loi de 1965 était également dépassée, car la mesure justifiée par le but à atteindre n'était pas respectée.

Dans une autre affaire de citation du refrain d'une chanson dans un article d'illustré, l'*Oberlandesgericht* de Hambourg⁹² a, au contraire, décidé à l'avantage de l'auteur de la citation. Cette décision est à vrai dire remarquable par sa con-

ception, critiquée par Seydel⁹³, selon laquelle le fait de n'avoir respecté ni l'interdiction de procéder à des modifications, qui s'applique également aux cas où la loi impose des restrictions aux droits de l'auteur (article 62 de la loi de 1965), ni l'obligation d'indiquer la source également applicable ici (article 63 de la loi de 1965) n'empêchaient que la citation en tant que telle soit licite, quand bien même le demandeur aurait pu, selon ces mêmes dispositions, revendiquer éventuellement des dommages-intérêts ou faire valoir d'autres revendications. La citation en tant que telle n'est en tout cas pas illicite, selon le tribunal, aussi longtemps qu'il existe au moins une volonté de citation.

d) Le *Kammergericht* de Berlin⁹⁴ a, lui aussi, rendu une décision favorable à l'auteur d'une citation, et cela en se référant à la liberté d'opinion et à la liberté de la presse, garanties par l'article 5 de la Constitution. Des journaux politiquement engagés contre Springer avaient, en l'espèce, repris des caricatures d'étudiants, parues à Berlin dans des journaux du groupe Springer, et les avaient assorties de commentaires critiques. Or, ainsi que d'autres décisions l'ont déjà montré, des œuvres entières ne peuvent être reproduites que dans le cadre de la longue citation (article 51, 1°, de la loi de 1965), dont les conditions n'étaient incontestablement pas remplies ici, tandis que, dans le cadre de la courte citation (article 51, 2°), seuls des passages d'une œuvre peuvent, après la publication de celle-ci, être cités dans une œuvre littéraire indépendante; il existe donc une lacune dans la loi pour la citation de petites œuvres complètes car, selon le *Kammergericht*, la limite aux droits de l'auteur prévue par l'article 49 (licéité de la reproduction et de la mise en circulation d'articles isolés tirés de journaux) ne pouvait pas non plus entrer en jeu⁹⁵. Le tribunal en est venu à conclure qu'il peut exister des cas où il y a en pratique à la fois longue citation et courte citation, si l'on veut qu'il soit possible de citer une œuvre de façon utile. Ce sera le cas pour les œuvres littéraires très courtes, ayant le caractère d'un slogan ou d'un aphorisme, mais aussi pour de simples images telles que les caricatures. Une interprétation de l'article 51 conforme à la Constitution impose, selon le tribunal, que soient permises de telles « longues citations » courtes, dont la nature est particulière, aussi dans le cadre de l'article 51, 2°, de la loi de 1965, c'est-à-dire sans en limiter la possibilité à la reproduction dans un ouvrage scientifique⁹⁶.

Quant à l'incidence du droit constitutionnel, le tribunal procède ensuite aux diverses constatations suivantes: il est de l'essence même de la liberté d'opinion de pouvoir citer d'autres opinions — notamment dans la discussion politique — et surtout aussi l'adversaire politique. L'article 51 de la loi

⁹⁰ Dans sa note sous cette décision, dans Schulze OLGZ 104, p. 13 et suiv.

⁹¹ KG Berlin du 26. 11. 1968 — 5 U 1462/68 — « Studentenkarikaturen »; Schulze KGZ 48; cf. GRUR-Bericht n° 2424/70.

⁹² Cf. encore LG Hamburg du 17. 8. 1966 — 15 Q 341/66; Schulze LGZ 97; cf. GRUR-Bericht n° 2396/69. Le tribunal avait également ici, dans une affaire comparable, exclu l'application de l'article 49, car cette disposition doit aider à rapporter des faits et non à se livrer à la controverse critique; de plus, il a refusé, en se fondant sur la liberté d'opinion et la liberté de la presse, d'étendre l'article 51 aux articles de journaux dans leur ensemble.

⁹³ Cf. à ce propos également Ulmer, « Zitate in Filmwerken », GRUR, 1972, p. 323 et suiv.

⁹⁰ LG Berlin du 12. 11. 1969 — 16 O 242/69; Schulze LGZ 125.

⁹¹ KG Berlin du 13. 1. 1970 — 5 U 1457/69 — « Eintänzer »; Schulze KGZ 54.

⁹² OLG Hamburg du 5. 6. 1969 — 3 U 21/69 — « Heintje »; Schulze OLGZ 104; cf. GRUR-Bericht n° 843/72.

de 1965 offre en principe une telle possibilité dans une mesure suffisante. Mais il ne semble pas que l'on se soit jusqu'ici aperçu que la réglementation légale, prise à la lettre, excluait purement et simplement, et sans motif suffisant, la citation, par exemple dans la presse, des œuvres protégées par le droit d'auteur dont la reproduction ne peut être utile si elle n'est que partielle, étant donné leur brièveté ou leur peu d'ampleur. Or, une gêne ou un obstacle serait de la sorte apporté au déroulement des conflits d'opinions politiques au sens le plus large, d'une façon non conciliable avec l'article 5 de la Constitution et sans que cela soit exigé par des intérêts impérieux des auteurs.

e) Nous citerons, comme dernière décision concernant l'article 51, un arrêt de la Cour fédérale de justice⁹⁷ qui examine ce qu'il faut entendre par œuvre littéraire indépendante au sens de l'article 51, 2°, de la loi de 1965. Il s'agissait dans cette affaire d'un recueil de citations, c'est-à-dire des déclarations de personnalités allemandes et étrangères, qui étaient réunies et classées selon leur sujet. La Cour fédérale constate que l'on ne peut déduire de la lettre de l'article 4 de la loi de 1965, selon lequel les recueils qui représentent une création intellectuelle personnelle sont protégés comme des œuvres indépendantes, qu'il y ait encore lieu de les considérer comme œuvres indépendantes au sens de l'article 51 de la loi de 1965 par rapport aux parties empruntées à l'œuvre d'un tiers s'ils se contentent pour l'essentiel de reproduire des morceaux de textes d'autrui, et cela même si le choix, la répartition et la façon de réunir les textes sont, en tant que contribution personnelle, dignes de protection par le droit d'auteur. Si la substance propre d'un tel recueil est constituée par ce qui fait l'objet des droits d'auteur d'autrui, il ne peut en tout cas plus être question de « citations » dans une œuvre indépendante. La Cour fédérale qualifie textuellement toute autre interprétation de « carte blanche pour le pillage des œuvres d'autrui », les intérêts moraux des auteurs intéressés pouvant également subir alors une atteinte sensible⁹⁸.

En résumé, il est possible de dire que l'article 51 de la loi de 1965 a déjà acquis un contour précis grâce à la jurisprudence de ces dernières années.

2. Portée de la liberté de communication selon les articles 15, alinéa 3), 52 et 56 de la loi de 1965

Selon l'article 15, alinéa 2), de la loi de 1965, est réservé à l'auteur le seul droit de communication publique; et l'article 15, alinéa 3), donne une définition légale du caractère public de la communication. Dans la plupart des cas où interviennent des limitations légales au droit de communication publique se pose donc la question préalable et déterminante de savoir s'il s'est vraiment agi d'une communication publique.

La définition légale de la communication publique, à laquelle nous avons fait allusion, est la suivante: « La communication d'une œuvre est publique si elle est destinée à une plu-

ralité de personnes, sauf si le cercle de ces personnes est nettement délimité et si elles sont liées entre elles ou avec l'organisateur par des relations personnelles. » Si une communication est publique dans ce sens, elle sera néanmoins licite sans l'autorisation de l'auteur dans les cas d'exception prévus par les articles 52 et 56 de la loi de 1965.

Celui qui veut communiquer des œuvres sans l'autorisation de l'auteur doit donc veiller ou bien à ce que la communication ne soit pas publique au sens de l'article 15, alinéa 3), de la loi de 1965 ou bien à rester dans le cadre des dispositions d'exception lorsqu'il effectue une communication publique. La GEMA, par toute une série de procès, a donné l'occasion aux tribunaux d'apporter une solution, qui lui est favorable, aux problèmes juridiques posés par la communication des œuvres en général.

a) La Cour fédérale a, dans l'affaire *Landesversicherungsanstalt*⁹⁹, rendu une très importante décision en la matière. La demande de la GEMA était ici dirigée contre l'organisme de sécurité sociale de l'Etat de Hesse; celui-ci, qui gère l'assurance invalidité-vieillesse des travailleurs, entretient de nombreux établissements de cure, maisons de convalescence, cliniques et sanatoriums ayant une capacité de 65 à 250 lits et plus, dans lesquels sont reçus ses assurés. Dans plusieurs de ces établissements, les patients pouvaient, pour leur distraction, entendre de la musique à l'aide d'électrophones ainsi qu'écouter ou voir des émissions de radio ou de télévision dans les salles de séjour et les salles communes.

La Cour fédérale constate tout d'abord qu'il s'agit là de communications publiques: seul le hasard réunit des patients qui normalement ne se connaissent pas. L'expérience montre que le temps pendant lequel ils sont ensemble est trop court pour que des personnes étrangères puissent, dans cet intervalle, constituer un groupe dont les membres seraient intimement liés. Il n'y a pas non plus de lien individuel qui s'établisse avec le personnel de l'établissement. Tout au plus se constituent de petits groupes que peuvent rapprocher des maux ou d'autres intérêts communs; mais il n'en va cependant pas ainsi pour l'ensemble des personnes en séjour à un moment donné.

La Cour constate ensuite que ne sont pas satisfaites les conditions d'application de l'article 52, 1°, de la loi de 1965 ici allégué, qui suppose que la communication ne sert pas un but de lucre de l'organisateur. La Cour fédérale, interprétant tout d'abord la notion de « but de lucre », décide que le fait qu'il s'agisse d'un établissement de droit public gérant les établissements en question pour l'exécution des tâches sociales qui lui incombent ne fait aucunement obstacle à son existence. Faisant expressément un parallèle avec la décision de la Cour fédérale constitutionnelle concernant le texte originel de l'article 46 de la loi de 1965¹⁰⁰, la Cour fédérale de justice souligne que l'exemption de rémunération ne peut pas être justifiée par toute considération d'intérêt public. Ni les fournisseurs de denrées alimentaires, de médicaments, d'appareils médicaux, de mobilier, ni le personnel employé dans de tels

⁹⁷ BGH du 22. 9. 1972 — I ZR 6/71 — « Handbuch moderner Zitate »; GRUR, 1973, p. 216; cf. GRUR-Bericht n° 1262/73.

⁹⁸ Cf. aussi sur ce point Krüger-Nieland, « Zitatensammlungen und Urheberrecht », dans *Festschrift für Eugen Ulmer*, GRUR Int., 1973, p. 289 et suiv.

⁹⁹ BGH du 10. 3. 1972 — I ZR 30/70 — « Landesversicherungsanstalt »; GRUR, 1972, p. 614; cf. GRUR-Bericht n° 535/73.

¹⁰⁰ Cf. la Première Partie, *Le Droit d'Auteur*, 1973, p. 94.

établissements ne fournissent leurs prestations sans contrepartie pérenne. L'établissement doit aussi payer à l'administration postale la taxe habituelle pour la réception des émissions de radio et de télévision. On ne voit donc, selon la Cour fédérale, aucun motif pour lequel l'auteur devrait, quant à lui, apporter sa prestation à titre gratuit.

Notons encore en passant que la Cour fédérale, pour sanctionner l'atteinte portée aux droits de l'auteur, fait droit à la demande fondée sur l'enrichissement sans cause, mais non à celle de dommages-intérêts; on ne peut en effet faire grief à l'établissement en question d'avoir, dans ce cas de caractère inhabituel et pour lequel ne s'est pas encore forgée d'opinion que l'on ait pu considérer comme dominante, attendu que le juge rende un verdict.

b) Par cette décision de la Cour fédérale se sont trouvées dans une grande mesure confirmées toute une série de décisions des instances inférieures, remontant à une époque antérieure, et dans lesquelles la GEMA était également parvenue à faire échec aux arguments opposés par les établissements alors poursuivis, prétendant qu'il ne s'agissait pas de communications publiques ou au moins pas de communications effectuées dans un but de lucre.

Il s'agissait plus précisément des situations suivantes: communication d'émissions télévisées dans des maisons de repos des services sociaux des chemins de fer fédéraux allemands¹⁰¹, à la cantine d'un foyer de travailleurs¹⁰², dans les salles communes d'un foyer d'étudiants¹⁰³, les salles de séjour d'une clinique¹⁰⁴, dans la salle à manger d'une maison de retraite¹⁰⁵; communication de musique à l'aide de supports sonores dans l'atelier d'une entreprise¹⁰⁶, ou encore lors de bals clôturant des cours de danse¹⁰⁷; exécution musicale lors d'un concert privé à domicile devant des invités et auquel, outre les amis personnels de la maîtresse de maison, avaient pris aussi part comme auditeurs des amis des artistes exécutants¹⁰⁸; communication de disques au moyen d'une installation avec écouteurs dans un « Schallplatten-Espresso », rayon d'un magasin vendant au détail des disques, où il était possible de consommer, en les payant, des aliments et des boissons¹⁰⁹.

La dernière affaire se présentait de façon particulière, dans la mesure où la communication musicale avait seulement lieu au moyen d'un système d'écouteurs avec une ou au maximum deux paires d'écouteurs, de sorte qu'un disque déterminé ne pouvait être écouté en même temps que par deux personnes au maximum. Le *Landgericht* de Berlin a cependant

décidé qu'il était sans importance que plusieurs personnes assistent ou puissent assister à l'acte particulier de communication; au contraire, il faut également considérer qu'il y a exécution publique lorsqu'en raison des conditions techniques une seule personne peut assister à la communication, mais que la communication a lieu de façon continue pour des personnes qui se succèdent, sans qu'il existe de relation personnelle entre elles ou qu'elles soient personnellement liées à l'organisateur. La décision a, par ailleurs, été encore rendue en application du droit antérieur, de sorte que le tribunal n'a pu prendre en considération la disposition aujourd'hui applicable de l'article 56 de la loi de 1965, qui prévoit un certain traitement de faveur pour les exécutions musicales ayant lieu dans des entreprises commerciales pendant que l'on sert les clients. Ainsi que Schatz le constate dans son commentaire¹¹⁰, il n'y aurait pas non plus eu lieu de décider autrement selon le texte actuel de l'article 56 de la loi de 1965: un débit de boissons et d'aliments annexé à un magasin de vente de disques dépasse le cadre de ce qui est nécessaire à la poursuite d'un entretien en vue de la vente.

c) Par contre, c'est cette disposition de l'article 56 de la loi de 1965 qui a fait l'objet d'une décision de l'*Amtsgericht* de Berlin-Charlottenburg¹¹¹. Un grossiste avait organisé, dans ses locaux de vente, une « foire de la haute fidélité » où étaient exposés des appareils de reproduction musicale de différentes sortes et de différents fabricants. La foire n'était ouverte le premier jour que pour les commerçants spécialistes, le second jour elle l'était de façon générale pour le public. Pendant la durée de l'exposition, plusieurs appareils étaient en même temps en fonctionnement. Le tribunal constate que, pour ce qui est de la présentation d'appareils privilégiée aux termes de l'article 56, il doit toujours s'agir de conseils et de renseignements donnés au client individuellement, concernant le fonctionnement, les possibilités, les avantages et inconvénients lors de leur utilisation des appareils en question, de leurs accessoires et de toutes autres installations, sans que joue ici un rôle le fait que le client soit déjà ou non décidé à acheter. Selon le tribunal, l'article 56 s'applique également lorsque le grossiste effectue la présentation devant un consommateur final, c'est-à-dire un éventuel client d'un détaillant. Il peut donc y avoir effectivement présentation à la clientèle aussi lors de présentations effectuées à l'occasion d'une foire ou d'une exposition. Dans cette mesure, les conditions d'application de cette disposition se trouvaient donc remplies dans l'affaire en question.

Au contraire, l'article 56 ne s'applique pas quand il s'agit d'une publicité faite de façon générale auprès des clients, pour laquelle ce sont les interprétations musicales elles-mêmes qui doivent attirer en premier lieu les clients. La défenderesse n'ayant pu apporter la preuve ni que chacun des appareils n'était jamais mis en marche et vraiment présenté qu'à la demande de personnes intéressées, ni que, pour les appareils autrement branchés, des clients se soient aussitôt approchés du vendeur ou du démonstrateur pour se familiariser avec le

¹⁰¹ OLG Frankfurt du 14. 12. 1967 — 6 U 68/67 — « Erholungsheim »; Schulze OLGZ 84; cf. CRUR-Bericht n° 2398/69.

¹⁰² AG Berlin-Charlottenburg du 5. 6. 1967 — 9 C 1018/66 — « Arbeiterwohnheim »; Schulze AGZ 14; cf. CRUR-Bericht n° 1993/70.

¹⁰³ LG Frankfurt du 21. 5. 1969 — 2/6 O 328/68 — « Studentenwohnheim »; Schulze LGZ 116; cf. CRUR-Bericht n° 427/72.

¹⁰⁴ OLG München du 3. 6. 1971 — 6 U 3237/70; Schulze OLGZ 111; cf. CRUR-Bericht n° 2388/73.

¹⁰⁵ AG Berlin-Charlottenburg du 28. 10. 1971 — 9 C 734/71; Schulze AGZ 19.

¹⁰⁶ LG Hannover du 27. 6. 1969 — 11 O 4/68; Schulze LGZ 117; cf. CRUR-Bericht n° 657/72.

¹⁰⁷ LG Stuttgart du 19. 12. 1968 — 17 S 1/68 — « Tanzstundenabschlußbälle »; Schulze LGZ 107; cf. CRUR-Bericht n° 426/72; de même AG Stuttgart du 11. 10. 1971 — 19 C 5094/71; Schulze AGZ 18.

¹⁰⁸ AG Berlin-Charlottenburg du 26. 11. 1970 — 9 C 577/70 — « Hauskonzert »; Schulze AGZ 15.

¹⁰⁹ LG Berlin du 29. 3. 1967 — 16 S 2/67 — « Schallplatten-Espresso »; Schulze LGZ 98; cf. CRUR-Bericht n° 656/72.

¹¹⁰ Sous Schulze LGZ 98, p. 9 et suiv. (p. 12).

¹¹¹ AG Berlin-Charlottenburg du 21. 12. 1970 — 9 C 602/70 — « Messe für Musikwiedergabegeräte »; Schulze AGZ 16; cf. CRUR-Bericht n° 2448/72.

fonctionnement de ces appareils, elle a été condamnée à des dommages-intérêts pour atteinte aux droits des auteurs.

3. Autres limites du droit d'auteur

a) Nous avons déjà fait état, dans la première partie de cette « Lettre »¹¹², de la modification de l'article 46 de la loi de 1965 (recueils destinés aux églises, aux écoles et à l'enseignement) à la suite d'une décision de la Cour fédérale constitutionnelle. Dans une décision que cette modification n'affecte en rien, la Cour fédérale de justice¹¹³ a dû rechercher à quel moment entrait en jeu le privilège prévu en faveur des recueils de cette nature, étant donné que l'article 46 pose comme conditions que le recueil soit, par sa nature, destiné exclusivement aux églises, aux écoles ou à l'enseignement et que sa destination soit clairement indiquée sur la page de titre ou en un autre endroit approprié du recueil.

La décision concernait un recueil de poésies réunies par trois pédagogues sous le titre *Gedichte zusammengestellt von...* [Poésies réunies par...]. Au verso de la page de titre figurait, au-dessus de l'« achevé d'imprimer », l'indication « à partir de la septième année d'école ». Le livre comportait 380 poésies réparties en vingt chapitres. Les poésies avaient été imprimées sans autorisation, car la maison d'édition en cause s'appuyait sur la liberté d'emprunter les œuvres d'autrui pour les livres de classe, prévue par l'article 46 de la loi de 1965.

La Cour fédérale constate tout d'abord que les poésies, en tant qu'œuvres littéraires de peu d'ampleur, tombent en principe dans le domaine d'application de l'article 46. Cependant, le seul fait d'imprimer des poésies — même lorsque celles-ci ont été choisies selon des critères d'enseignement — sous forme de simple anthologie ne satisfait pas encore aux conditions posées par cette disposition. En fait, la nature intrinsèque du recueil doit montrer qu'il est seulement destiné à l'usage scolaire. Si le choix et la présentation de la matière ne font pas apparaître une telle destination, celle-ci doit ressortir de ce que contient en outre le recueil, par exemple des remarques, des explications, etc., inspirées par l'usage scolaire (ce qui n'était pas non plus ici le cas). Un index alphabétique des auteurs avec leurs dates de naissance et de décès ne suffisait en aucun cas.

Lorsque la destination ne se laisse pas déduire de la nature intrinsèque de l'ouvrage, il faut poser des conditions plus strictes aux caractéristiques extérieures (présentation de la page de titre, etc.). L'objection selon laquelle la présentation démodée comme « livre de classe » d'un volume de poésies pourrait, selon les nouvelles données de la psychologie scolaire, menacer dangereusement la bonne volonté et les raisons qui poussent l'élève à se consacrer sérieusement à l'étude de la poésie est rejetée par la Cour fédérale dans la mesure où celle-ci, pour le cas où la destination ne ressort ni de la nature intrinsèque du recueil ni de sa présentation, continue à poser comme condition que cette destination ressorte au moins de la présentation de la page de titre ou du titre lui-même; il a été décidé dans le cas concret qu'il n'en était pas ainsi et il a été

prononcé tant une condamnation à cesser les actes reprochés qu'une condamnation à des dommages-intérêts.

b) Dans une décision du *Landgericht* de Francfort¹¹⁴, il s'agissait d'interpréter les articles 57 (accessoires d'importance secondaire par rapport à l'objet de la reproduction, de la mise en circulation ou de la communication) et 50 (licéité des comptes rendus d'actualités visuels et sonores) de la loi de 1965. Dans un film publicitaire et documentaire sur l'Autriche, l'on entendait la chanson *Yearning* s'échappant par hasard de la radio d'un bar public pour skieurs établi en plein air, alors qu'était filmée une scène lors de l'élection de Miss Austria. En raison du bronillage dû aux bruits de fond, le son avait par la suite été épuré, ou même rajouté.

En ce qui concerne l'article 50, le tribunal constate que cette disposition doit également être interprétée étroitement, étant une disposition d'exception. Un film publicitaire et documentaire ne sert pas, à l'inverse par exemple des actualités de la semaine, à faire un compte rendu d'actualités en images sur les événements quotidiens, même lorsque, comme c'était ici le cas, un événement du jour est repris dans le film comme élément folklorique. Le producteur du film ne peut pas non plus faire appel à l'article 50 du fait qu'il a épuré la musique; s'il reprenait la musique sortant de la radio, au moins aurait-il dû le faire sans changement, comme bruits de fond. Mais encore, selon le tribunal, le fait que l'on eût épuré la musique montrait bien que la chanson à succès n'avait pas été considérée par le producteur du film lui-même comme un accessoire d'importance secondaire; de la sorte, il ne pouvait non plus être question de faire appel au privilège de l'article 57. Rien n'était changé non plus du fait que le producteur se soit par la suite déclaré prêt à réintroduire le son original.

4. Portée du droit de mise en circulation selon l'article 17 de la loi de 1965

Dans la première partie de cette « Lettre »¹¹⁵, nous avons déjà souligné l'importance de l'article 17 — et en particulier de son alinéa 2) — qui énonce le principe de l'épuisement du droit de mise en circulation, ainsi que celle de l'article 27 de la loi de 1965 (redevance due par les bibliothèques) qui apporte d'une certaine façon, aussi bien dans son ancien que dans son nouveau texte, une restriction au principe d'épuisement pour autant qu'est concerné le droit à rémunération¹¹⁶.

a) La notion de mise en circulation et la délimitation des actes de mise en circulation ont fait l'objet de plusieurs décisions intéressantes, parmi lesquelles il y a surtout lieu de citer celle rendue par la Cour fédérale de justice dans l'affaire *Konzertveranstalter*¹¹⁷. Le défendeur, organisateur de concerts, menait à travers la République fédérale une tournée de

¹¹⁴ LG Frankfurt du 18.12.1968 — 2/6 O 283/68 — « Yearning »; Schulze LGZ 106.

¹¹⁵ Cf. la Première Partie, *Le Droit d'Auteur*, 1973, p. 96.

¹¹⁶ La modification apportée au texte de l'article 27 de la loi de 1965, qui s'applique désormais également aux bibliothèques d'entreprises (cf. la Première Partie, *Le Droit d'Auteur*, 1973, p. 99), a fait tomber en désuétude non seulement la décision du BGH du 10. 3. 1972 (cf. la Première Partie, *loc. cit.*, note 30), mais également une autre décision concernant la location de reproductions (ancien texte de l'article 27), celle du LG Frankfurt du 5. 2. 1969 — 2/6 O 176/67 — « Werksbibliothek »; Schulze LGZ 108.

¹¹⁷ BGH du 16. 6. 1971 — I ZR 120/69 — « Konzertveranstalter »; GRUR, 1972, p. 141; cf. GRUR-Bericht n° 1821/72.

¹¹² Cf. la Première Partie, *Le Droit d'Auteur*, 1973, p. 100.

¹¹³ BGH du 14. I. 1972 — I ZR 91/70 — « Schulbuch »; GRUR, 1972, p. 432.

l'orchestre national symphonique de l'URSS. Lors de ses concerts, l'orchestre utilisait des partitions apportées d'Union soviétique. La GEMA avait donné son autorisation pour les concerts. La décision ne concernait donc que le contenu et la portée des droits dits graphiques sur les partitions que la demanderesse, maison d'édition, prétendait avoir acquis par la première publication dans un pays de l'Union de Berne.

La Cour fédérale constate tout d'abord qu'il n'est pas porté atteinte au droit de reproduction existant en République fédérale d'Allemagne par la reproduction à l'étranger, indépendamment de ce que celle-ci y ait été effectuée de façon licite ou non, dès lors que les faits de reproduction ont eu entièrement lieu à l'étranger, et cela même si les reproductions ainsi réalisées sont introduites en Allemagne. Ainsi que l'a ensuite constaté la Cour fédérale, il n'y avait pas non plus d'acte de mise en circulation au sens de l'article 17 de la loi de 1965. En effet, la mise en circulation en République fédérale d'Allemagne de reproductions réalisées à l'étranger peut bien porter atteinte au droit interne de mise en circulation. La mise en circulation ne suppose pas forcément qu'il y ait vente, mais peut aussi, par exemple, se produire lorsque des partitions sont distribuées aux musiciens par l'organisateur allemand des concerts, qui les reprend ensuite. Mais si, comme dans l'espèce litigieuse, lors des répétitions et des concerts, les partitions se trouvant déjà en la possession de l'orchestre sont à chaque fois distribuées et reprises par un membre de l'orchestre, il n'y a pas là de mise en circulation au sens de l'article 17 de la loi de 1965¹¹⁸.

De plus, la Cour fédérale refuse l'application de l'article 96, alinéa 1), de la loi de 1965, selon lequel des reproductions produites illicitement ne peuvent être ni mises en circulation, ni utilisées à des fins de communication publique; en effet, à supposer que les partitions aient été fabriquées illicitement en URSS, l'organisateur allemand défendeur ne peut être considéré comme complice ou co-auteur d'un acte d'usage illicite. De même, la Cour fédérale refuse, pour le cas où les partitions devraient être considérées comme licitement fabriquées en URSS, d'appliquer par analogie l'article 53, alinéa 3), de la loi de 1965, selon lequel les reproductions réalisées de façon licite, selon l'alinéa 1) du même article, pour l'usage personnel ne peuvent être ni mises en circulation ni utilisées à des fins de communication publique. Selon la Cour fédérale, les orchestres étrangers en tournée ont normalement intérêt à utiliser les partitions dont ils se servent chez eux; celles-ci étant annotées dans leur langue et pourvues par les musiciens d'indications et de signes manuscrits leur sont de ce fait familières. L'autre conception, appuyée sur l'article 53, alinéa 3), de la loi de 1965, troublerait de façon sensible, comme le dit la Cour fédérale, les échanges culturels dans le domaine musical¹¹⁹.

¹¹⁸ Cf. aussi Runge, « Konzertveranstalter und Notenrecht », *GRUR*, 1972, p. 120 et suiv.

¹¹⁹ Pour ce qui concerne les droits graphiques, cf. aussi les décisions encore rendues en application du droit antérieur: BGH du 18.12.1964 — I b ZR 112/62 — « Cavalleria Rusticana »; Schulze BGHZ 119; cf. *GRUR-Bericht* nos 1158/66 et 2358/66 ainsi que LG Hamburg du 2.2.1966 — 15 Q 571/65 — « Apollon Musagète »; Schulze LGZ 96; cf. *GRUR-Bericht* n° 1783/70.

b) Dans une décision du *Kammergericht* de Berlin¹²⁰, une atteinte au droit de mise en circulation a au contraire été constatée. Dans cette affaire, des salles de bal avaient été décorées avec des reproductions (non autorisées) de dessins du dessinateur et peintre berlinois bien connu Heinrich Zille, que l'organisateur avait louées à un atelier de publicité. Le fait que le demandeur n'eût pu prouver que les œuvres en question n'avaient pas encore été publiées a empêché que soit prononcée une condamnation pour atteinte au droit d'exposition selon l'article 18 de la loi de 1965, celui-ci en réservant le bénéfice aux auteurs d'œuvres non encore publiées des arts figuratifs ou de la photographie.

Quant à la mise en circulation, le tribunal constate qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait lieu en public. En fait, sont également visés les actes impliquant la possibilité que des reproductions parviennent au public. C'est pourquoi il y a mise en circulation dès que l'œuvre, sortant de la sphère interne ou secrète, se trouve entre les mains d'un tiers non lié avec le propriétaire de l'œuvre par une relation de confiance, ce qui est le cas des personnes participant à la réalisation ou reproduction de l'œuvre ou appartenant au cercle des connaissances personnelles du réalisateur.

c) La question de savoir si l'épuisement du droit de mise en circulation selon l'article 17, alinéa 2), de la loi doit également trouver application pour le droit de mise en circulation des producteurs de phonogrammes, droit voisin réglé à l'article 85 de la loi de 1965, et la question complémentaire de savoir si une mise en circulation à l'étranger conduit, de même qu'une mise en circulation dans le pays considéré, à l'épuisement du droit national de mise en circulation ont fait l'objet d'un important litige sur lequel s'est également penchée la Cour de justice européenne après que l'*Oberlandesgericht* de Hambourg¹²¹ eut décidé de lui soumettre l'affaire. Dans cette décision, l'*Oberlandesgericht* de Hambourg a répondu affirmativement à la première des deux questions qui viennent d'être évoquées, et négativement à la seconde en se référant à tort, ainsi que le montre Ulmer¹²², au principe de territorialité du droit d'auteur. La question soumise à la Cour de justice européenne tendait à savoir si l'application du principe de territorialité pour l'interprétation des articles 85 et 17, alinéa 2), de la loi de 1965 est contraire aux dispositions du traité de la CEE.

La Cour de justice européenne¹²³ a répondu affirmativement dans la mesure où elle voyait une atteinte aux dispositions relatives à la libre circulation des marchandises au sein du Marché commun dans l'exercice par le producteur de phonogrammes du droit exclusif de mettre les objets protégés dans le commerce, qui lui appartient selon la législation d'un Etat membre, pour interdire la distribution dans cet Etat membre de produits qui ont été vendus dans un autre Etat

¹²⁰ KG Berlin du 28.11.1970 — 5 U 305/70 — « Zille-Ball »; Schulze KGZ 56; cf. *GRUR-Bericht* n° 345/73.

¹²¹ OLG Hamburg du 8.10.1970 — 3 W 108/1970 — « Polydor I »; *GRUR Int.*, 1970, p. 377; cf. *GRUR-Bericht* n° 117/73.

¹²² Dans son commentaire de cette décision dans *GRUR Int.*, 1970, p. 380 et suiv.

¹²³ EnGH du 8.6.1971 — Rechtssache 78/70 — « Polydor »; Schulze EnGH 1; cf. *GRUR-Bericht* n° 180/73.

membre par lui-même ou avec son accord, en alléguant pour seule raison que cette mise en circulation n'aurait pas eu lieu sur le territoire du premier Etat membre.

Compte tenu de cette décision de la Cour de justice européenne, l'*Oberlandesgericht* de Hambourg¹²⁴ a ensuite rendu une seconde décision, cette fois-ci au désavantage de la titulaire du droit voisin. Ainsi qu'il l'a déjà fait dans sa première décision, le tribunal recherche à quel moment il est possible de parler d'une mise en circulation au sens de l'article 17; il définit celle-ci comme l'acte qui fait sortir les reproductions de la sphère interne pour les mettre dans le commerce public. Il n'y a donc normalement pas encore de mise en circulation lorsqu'on remet la marchandise à un expéditeur pour en effectuer le seul transport; exceptionnellement, elle peut cependant avoir lieu lorsque l'expéditeur reçoit ses instructions d'un tiers.

La position adoptée ici par l'*Oberlandesgericht* de Hambourg ne correspond pas parfaitement à la définition donnée par le *Kammergericht* de Berlin et rapportée ci-dessus; les faits jugés étant différents, il n'y a cependant pas là nécessairement de contradiction.

Notons, pour finir, qu'après la seconde décision également, la solution à adopter au cas où il y aurait mise en circulation à l'étranger, en dehors de la CEE, demeure incertaine. On doit ici, d'après Ulmer¹²⁵, faire une différence selon qu'il s'agit d'un droit de mise en circulation limité dans l'espace ou illimité. En l'absence de limite, il y a toujours lieu d'admettre l'épuisement; dans le premier cas, il n'en sera au contraire ainsi que si le titulaire du droit de mise en circulation dans le pays considéré a aussi donné son accord à la mise en circulation dans ce pays¹²⁶.

IV. Droit applicable aux contrats concernant les droits d'auteur

Mise à part la loi de 1901 sur le contrat d'édition, le droit allemand n'a pas connu jusqu'ici de réglementation globale du droit applicable aux contrats concernant les droits d'auteur, même si le législateur s'est efforcé d'établir une telle réglementation¹²⁷. La loi de 1965 a cependant introduit, dans la cinquième section de la première partie, consacrée au transfert et à la concession du droit d'auteur, au chapitre 2 concernant les droits d'usage (articles 31 et suivants), ainsi que dans les dispositions spéciales applicables aux œuvres cinématographiques dans la troisième partie (articles 88 et suivants), toute une série de dispositions de principe intéressant par leur nature le droit applicable aux contrats sur les droits d'auteur.

1. Portée de la doctrine de la cession dans un but déterminé, consacrée par l'article 31, alinéa 5), de la loi de 1965

Contrairement aux cas de litiges pour atteintes aux droits d'auteur évoqués jusqu'ici, les faits sur lesquels il y a lieu de se prononcer dans les litiges concernant les contrats, en particulier la conclusion des contrats, remontent la plupart du temps à une date éloignée. Etant donné que l'article 132 de la loi de 1965 prévoit qu'à peu d'exceptions près les anciennes dispositions continueront à être appliquées aux contrats qui ont été conclus avant l'entrée en vigueur de cette loi, relativement peu de décisions ont été prises jusqu'à maintenant en vertu des nouvelles dispositions applicables aux contrats concernant les droits d'auteur¹²⁸.

a) Parmi les décisions prises en application de la nouvelle législation, il y a, par exemple, l'arrêt rendu par l'*Oberlandesgericht* de Munich dans l'affaire *Anneliese Rothenberger*¹²⁹. Il s'agissait en l'espèce de l'auteur d'un manuscrit prêt pour la réalisation d'un film destiné à la télévision et consacré à la célèbre chanteuse Anneliese Rothenberger; l'auteur avait concédé à la société productrice le droit exclusif d'utiliser l'œuvre pour la radio, la télévision et le cinéma. Cette concession concernait en outre expressément le droit de fabriquer ou de faire fabriquer de façon répétée des enregistrements sonores et visuels qui contiendraient l'ensemble de l'émission réalisée sur l'œuvre en question et d'utiliser ou de faire utiliser ces enregistrements à des fins cinématographiques de toute nature, en particulier d'autoriser la reproduction des enregistrements sonores et visuels, leur mise en circulation et leur projection publique. Le litige portait sur le point de savoir si l'auteur du manuscrit avait ainsi également concédé les droits de l'exploitation audio-visuelle au moyen de la vente pour l'usage privé de cassettes de films de format Super-8.

L'auteur invoquait les importantes règles des alinéas 4) et 5) de l'article 31 de la loi de 1965 qui protègent l'auteur; selon celles-ci, d'une part, la concession de droits d'usage pour des modes d'utilisation qui sont encore inconnus et les obligations y afférentes demeurent sans effet (alinéa 4) et, d'autre part, l'étendue d'un droit d'usage se définit selon le but poursuivi par la concession de ce droit si les modes d'utilisation auxquels le droit doit s'appliquer n'ont pas été désignés en détail au moment de sa concession (alinéa 5)). Cette dernière disposition de la loi de 1965 a consacré la théorie, déjà élaborée auparavant par la jurisprudence et la doctrine, selon laquelle les droits d'usage ne sont concédés que dans la mesure justifiée par le but poursuivi lors de la conclusion de l'accord (*Zweckübertragungstheorie*).

¹²⁸ Des décisions ont été rendues en application du droit antérieur, entre autres dans les affaires suivantes: BGH du 30. 4. 1971 — I ZR 75/69 — « Schwarzwaldfahrt »; CRUR, 1971, p. 84; cf. GRUR-Bericht n° 846/72 (concession de droits sur la musique pour l'utilisation comme musique de fond; malgré la concession de tous les droits d'auteur effectuée en utilisant un formulaire type, ni le droit d'édition ni le droit de représentation dramatique n'ont été acquis). BGH du 5. 7. 1967 — I h ZR 113/65 — « Angélique »; Schulze BGHZ 142; cf. GRUR-Bericht n° 2185/70 (y a-t-il participation du traducteur aux bénéfices de l'éditeur provenant d'éditions réalisées sous licence par un eluh de livres?). OLG München du 13. 1. 1972 — 6 U 60/71 — « Der Firmling »; UFITA, vol. 65 (1972), p. 268; cf. CRUR-Bericht n° 346/73 (concession des droits d'exploitation à la télévision dans un contrat d'adaptation cinématographique déjà conclu en 1934).

¹²⁹ OLG München du 21. 9. 1972 — 6 U 2386/72 — « Anneliese Rothenberger »; GRUR, 1973, p. 39; cf. GRUR-Bericht n° 753/73.

¹²⁴ OLG Hamburg du 28. 10. 1971 — 3 U 108/70 — « Polydor II »; GRUR Int., 1972, p. 95; cf. GRUR-Bericht n° 117/73.

¹²⁵ Cf. note 122 ci-dessus.

¹²⁶ Cf. aussi Johannes, « Schallplattenimport und § 85 des Urheberrechtsgesetzes », GRUR Int., 1970, p. 222 et suiv.; Reimer, « Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs », GRUR Int., 1972, p. 221 et suiv.; Möhring, « Der Re-Import von Ton- und Bildträgern », UFITA, vol. 64 (1972), p. 185 et suiv. Il faut également indiquer la décision du LG Berlin du 22. 1. 1969 — 16 O 396/68 — « Schallplattenimport », CRUR Int., 1970, p. 244; cf. GRUR-Bericht n° 2447/72; cette décision est maintenant dépassée étant donné la décision de la Cour de justice européenne dont il vient d'être ici question.

¹²⁷ Cf. le projet gouvernemental (note 4 ci-dessus), p. 56.

L'Oberlandesgericht de Munich a rendu, au contraire du tribunal de première instance, une décision défavorable à l'auteur. Selon celle-ci, l'article 31, alinéa 4), n'était pas applicable, car la fabrication et la mise en circulation de copies de films de format Super-8 ne constituaient pas un mode d'utilisation nouveau; il est ici sans importance que le film, à côté de la projection sur un écran de cinéma, puisse aussi être vu sur l'écran de télévision. L'article 31, alinéa 5), n'était par ailleurs pas applicable, car le mode d'utilisation litigieux — faire fabriquer de façon répétée des enregistrements sonores et visuels de l'émission en question ainsi que les reproduire et les mettre en circulation à volonté — était exactement décrit dans le contrat. La fabrication et la vente de copies du film, que ce soit dans le format normal ou le format réduit, constituent une utilisation à des fins cinématographiques, la façon dont le film est présenté étant ici sans importance¹³⁰.

b) Une décision du Landgericht de Berlin¹³¹ se trouve dans une certaine contradiction avec la précédente. En se référant à la théorie selon laquelle l'étendue de la concession se définit par le but poursuivi (article 31, alinéa 5) de la loi), il a été considéré que la distribution (location et vente) de copies de films parlants de format réduit en vue de leur projection en privé, c'est-à-dire non publique, constituait une atteinte au droit de mise en circulation existant sur la musique du film qui, selon l'interprétation donnée par le tribunal au contrat concernant la production du film, était resté à la GEMA et cela bien que, ici également, la clause du contrat sur ce point eût été rédigée de façon telle que le droit d'exploiter le film, en particulier de le reproduire, le mettre en circulation à des fins commerciales et le projeter en public, avait été concédé. Etant donné que, par ailleurs, le droit de projection publique avait été concédé de façon générale, sans limitation concernant le lieu de la projection ou l'organisme procédant à celle-ci, les droits n'étaient dans cette mesure pas restés à la GEMA, mais avaient en fait été concédés au producteur du film qui, de son côté, pouvait les transmettre à la défenderesse.

2. Rapports entre les droits d'exploitation à la télévision et le droit d'adaptation cinématographique (article 88 de la loi de 1965)

Ainsi que nous venons de le voir, les tribunaux ne se sont pas encore mis d'accord sur la mesure dans laquelle les droits d'exploitation concernant la projection non publique (exploitation audio-visuelle) sont également visés lorsque les droits d'exploitation cinématographique ont été concédés de façon non restrictive. Mais c'est encore une autre question que de savoir si, en cas de concession du droit d'adaptation

cinématographique, les droits d'exploitation par la télévision sont également compris.

La Cour fédérale de justice a décidé, dans deux arrêts rendus sur ce point et de même date, que, lorsque l'auteur d'une pièce de théâtre a concédé à un producteur de film le droit d'en faire une adaptation cinématographique et que tous deux étaient d'accord pour que le film soit projeté dans les cinémas, le producteur du film n'aurait le droit d'exploiter celui-ci à la télévision que si ce mode d'utilisation lui avait aussi été concédé dans le contrat de façon non équivoque.

Dans la première de ces deux décisions¹³², cette position s'exprime de façon particulièrement claire et sans restriction: le droit de projeter un film dans les cinémas et le droit de transmettre une œuvre cinématographique par la télévision constituent, au regard du droit d'auteur, des modes d'utilisation différents; une concession ne peut donc être admise que lorsque, pour chacun d'eux, la volonté des parties s'est exprimée en ce sens, de façon non équivoque. Cette conception a, ainsi que le souligne la Cour fédérale, trouvé son expression dans les règles légales d'interprétation de l'alinéa 1), 3° et 4°, de l'article 88 de la loi de 1965.

Il est également intéressant de noter, parmi les faits ayant précédé cette décision, que la défenderesse qui, ainsi que cela s'est révélé depuis, n'était aucunement titulaire des droits d'exploitation à la télévision, avait transmis ces droits de son côté à un tiers, mais avait par la suite prétendu que ce transfert avait seulement eu pour but d'empêcher l'exploitation et non de la permettre; c'est pourquoi elle a perdu son procès contre ce tiers¹³³. La conséquence en a été que la défenderesse s'est trouvée indirectement responsable de l'atteinte portée aux droits de l'auteur par le tiers sur la base des droits qui ne lui avaient en réalité pas été transmis.

Dans la seconde décision¹³⁴, la Cour fédérale de justice a dû examiner un certain nombre d'autres problèmes concernant l'interprétation des contrats que nous négligerons ici. Mais, dans cette affaire également, c'est le problème de l'exploitation à la télévision qui était au centre de la décision. Il convient de remarquer que la Cour fédérale, si elle reprend en substance la thèse étayant sa première décision en en donnant des motifs presque identiques, en restreint cependant dans une certaine mesure la portée, s'appuyant en effet pour ce faire sur les particularités de l'espèce; elle décide donc qu'au cas où il est procédé à une adaptation cinématographique d'une pièce de théâtre, l'exploitation de cette pièce à la télévision peut éventuellement porter atteinte au droit de projeter le film dans les cinémas, droit que l'auteur de la pièce de théâtre a concédé au producteur du film. De l'obligation contractuelle de l'auteur, qui veut que celui-ci s'abstienne, dans les limites de la bonne foi, de tous les actes pouvant apporter un trouble à l'exercice de son droit d'exploitation par le producteur du film, peut donc résulter pour l'auteur le devoir de s'abstenir de l'exploitation de la pièce de théâtre à

¹³⁰ Cf. aussi Brugger/Wedel, « Das Recht des Filmherstellers zur audiovisuellen Verwertung von Filmen unter Berücksichtigung der Zweckübertragungstheorie », *UFITA*, vol. 65 (1972), p. 159 et suiv.; Reimer, « Urheberrechtsfragen der neuen audiovisuellen Medien », dans *Festschrift für Eugen Ulmer, GRUR Int.*, 1973, p. 315 et suiv.; Roeber, « Rechtsfragen der audiovisuellen Kassellensysteme; eine Bestandsaufnahme im Grundsätzlichen », *Film und Recht*, 1972, p. 247 et suiv.; Schulze, « Neue Nutzungsarten an Werken der Musik », dans *Festschrift für Eugen Ulmer, GRUR Int.*, 1973, p. 336 et suiv.

¹³¹ LG Berlin du 3. 7. 1972 — 16 O 317/71 — « Schmaltonfilmvertrieb »; *GRUR*, 1973, p. 36; cf. *GRUR-Bericht* n° 1259/73.

¹³² BGH du 2. 10. 1968 — I ZR 107/66 — « Curt-Goetz-Filme II »; Schulze *BGHZ* 153; cf. *GRUR-Bericht* n° 2187/70.

¹³³ Cf. BGH du 5. 1. 1966 — I b ZR 61/64 — « Curt-Goetz-Filme I »; Schulze *BGHZ* 128; cf. *GRUR-Bericht* n° 1263/68.

¹³⁴ BGH du 2. 10. 1968 — I ZR 1/67 — « Curt-Goetz-Filme III »; Schulze *BGHZ* 154; cf. *GRUR-Bericht* n° 2188/70.

la télévision. C'est pourquoi le producteur du film a le droit d'interdire l'exploitation à la télévision de la pièce de théâtre, dans la mesure où celle-ci peut influencer défavorablement la fréquentation du cinéma¹³⁵. Une telle influence ne peut cependant s'exercer que lorsque l'exploitation à la télévision de la pièce de théâtre a lieu en même temps que son exploitation dans les cinémas ou la précède immédiatement.

Cette dernière remarque apporte une certaine restriction à la conception par ailleurs très large¹³⁶ de la Cour fédérale, d'autant que celle-ci ajoute qu'au cas où les droits d'adaptation cinématographique lui ont été concédés pour une durée illimitée, le producteur du film ne possède en aucune façon, à l'encontre de l'auteur de la pièce de théâtre, un droit de durée illimitée lui permettant d'obliger celui-ci à s'abstenir à l'avenir de toute exploitation de sa pièce à la télévision. En l'espèce, le producteur du film a même, de ce fait, été débouté de sa requête.

En outre, dans une autre décision, la Cour fédérale de justice¹³⁷ a recherché comment se déterminait la qualité de « producteur du film ». Elle conclut que le producteur du film est la personne morale ou physique qui, par l'activité organisatrice qu'elle exerce effectivement, produit le film comme résultat final des contributions créatrices des personnes qui ont collaboré à sa création, c'est-à-dire une œuvre se prêtant à l'exploitation par le moyen de la projection dans les cinémas.

3. Contrat d'édition entre le éditeur et l'éditeur d'un recueil

L'*Oberlandesgericht* de Francfort¹³⁸ a dû, dans un intéressant litige, clarifier sur le plan juridique les relations contractuelles complexes entre l'éditeur, le éditeur et les auteurs des contributions individuelles d'un recueil. La disposition ici applicable constitue désormais en partie l'article 38 de la loi de 1965 qui, avec un contenu différent, a remplacé l'article 42 de la loi sur le contrat d'édition, abrogé par la loi de 1965 sur le droit d'auteur (article 141, 4°).

Ainsi que Klein¹³⁹ l'a exposé de façon concise, les faits suivants donnaient lieu à litige: deux entreprises concurrentes dans l'industrie de la réimpression avaient eu l'intention de réimprimer le même ouvrage, à savoir les volumes parus dans les années passées de la revue bien connue *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. L'une d'elles avait acquis à cette fin l'autorisation de l'éditeur chez lequel les volumes en question de la revue avaient paru en dernier lieu, après que l'éditeur eut plusieurs fois changé; l'autre entreprise s'était procuré le droit de réimpression auprès de l'« Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie », association dont cette revue était l'organe. L'*Oberlandesgericht* avait à décider si la première entreprise possédait à l'encontre de la seconde le droit de faire ordonner la cessation des actes en cause.

¹³⁵ Quant à la portée plus large du droit d'interdire l'usage que du droit d'usage, cf. aussi KG Berlin du 14. 12. 1965 — 5 U 1074/65; Schulze KGZ 42.

¹³⁶ Cf. la note critique de Neumann dans Schulze BGHZ 154, p. 34 et suiv.

¹³⁷ BGH du 10. 1. 1969 — 1 ZR 48/67 — « Triumph des Willens »; Schulze BGHZ 160; cf. GRUR-Bericht n° 1819/72.

¹³⁸ OLG Frankfurt du 24. 3. 1966 — 6 U 72/65; Schulze OLGZ 72.

¹³⁹ Note sous cet arrêt dans Schulze OLGZ 72, p. 12 et suiv.

Le tribunal a tout d'abord constaté que les différents volumes de la revue constituaient des recueils au sens de l'article 4 de la loi de 1965, sur lesquels le éditeur acquiert un droit d'auteur qui lui est propre, chaque volume rassemblant en effet des contributions individuelles dont la sélection et l'ordonnance constituent une création personnelle. Ce « droit d'auteur du éditeur » (au sens de droit d'auteur sur le recueil) a donc pris naissance, pour chaque volume, à titre originaire, en tant que droit de l'expert qui a reçu les manuscrits, a jugé de leur qualité, les a répartis et choisis selon un plan d'ensemble et les a transmis à l'éditeur prêts à être imprimés. Seul pouvait donc avoir le droit de réimpression celui qui tenait ses droits de l'auteur éditeur.

Le tribunal examine ensuite la nature des relations entre le éditeur et l'éditeur, en recherchant à qui appartenait le contrôle sur le recueil en tant qu'entreprise économique¹⁴⁰. Tout dépend ici des circonstances de fait: ce n'est pas tant la contribution intellectuelle qui est déterminante que la question de savoir qui a fondé la revue, en a conçu le plan, lui a donné son titre, a recruté les collaborateurs et, par la suite, en a assumé le risque économique. À l'aide de ces critères, le tribunal en vient à conclure qu'en général le contrôle sur l'entreprise appartiendra à la société scientifique qui publie un recueil.

Dans le cas concret, l'éditeur n'avait exercé aucune influence sur le contenu ni la présentation de chacun des volumes, et la société scientifique participait au risque économique de la revue en la subventionnant. Le fait que cette société avait été plusieurs fois en mesure de changer d'éditeur tout en continuant à publier la revue sous le titre utilisé jusqu'alors parlait aussi en sa faveur. Dans ce cas, les rapports entre le éditeur et l'éditeur étaient donc déterminés de façon tout à fait normale selon un contrat d'édition, de sorte que le droit d'édition de l'éditeur n'existait que dans la mesure où des relations contractuelles subsistaient.

Il est par ailleurs important de noter que les dispositions spéciales concernant les rapports entre les auteurs des contributions individuelles et l'éditeur d'un recueil (articles 41 et suiv. de la loi sur le contrat d'édition et article 38 de la loi de 1965 sur le droit d'auteur) ne s'appliquent pas, selon la décision abondamment motivée du tribunal. Étant donné que, dans l'affaire en question, les éventuels droits exclusifs d'utilisation appartenant à l'éditeur en cause s'étaient éteints au plus tard lorsqu'avaient cessé les relations contractuelles, il n'avait de ce fait pas été possible d'acquiescer auprès de lui les droits de réimpression. L'action tendant à l'interdiction des actes reprochés a donc été rejetée. Quant à savoir si la partie adverse avait d'autre part effectivement acquis les droits de la société scientifique, il n'en a pas été débattu lors du procès.

4. Portée du droit de révocation pour non-exercice (article 41 de la loi de 1965)

Dans un litige sur lequel la Cour fédérale de justice a dû se pencher par deux fois, les débats portaient essentiellement sur le droit de révocation pour non-exercice d'un droit d'usage,

¹⁴⁰ Cf. à ce propos aussi OLG Hamm du 19. 10. 1965 — 4 U 99/65; Schulze OLGZ 71.

qui est aujourd'hui réglementé à l'article 41 de la loi de 1965. Cette disposition, selon l'article 132 de la loi de 1965, doit être également appliquée aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de cette loi, en fait à cette réserve près que le délai de deux ans prévu par l'article 41, alinéa 2), pour l'exercice du droit de révocation commence au plus tôt à courir à partir du 1^{er} janvier 1966, date d'entrée en vigueur de la loi. Cependant, comme il y avait lieu de décider, dans l'affaire en question, de la validité d'une révocation intervenue avant l'entrée en vigueur de la loi de 1965, la décision devait être encore rendue, malgré l'article 132, en application de la législation antérieure; celle-ci comportait comme seule disposition expresse applicable en la matière l'article 17 de la loi sur le contrat d'édition (droit de l'auteur à résilier le contrat au cas où l'éditeur ne procède pas à une nouvelle édition).

« Anticipant en quelque sorte sur l'article 41 de la loi »¹⁴¹, la Cour fédérale de justice a, dans sa première décision sur cette affaire¹⁴², réaffirmé la position qu'elle avait déjà adoptée et selon laquelle la construction juridique inspirant l'article 17 de la loi sur le contrat d'édition ne doit pas être limitée au cas où il n'est pas fait usage du droit de reproduction. Il est d'ailleurs plus correct d'interpréter le droit de résiliation selon l'article 17 de la loi sur le contrat d'édition comme un droit de révocation des droits d'exploitation concédés à l'éditeur, cette révocation correspondant dans ses effets juridiques à une résiliation du contrat. La « résiliation » prononcée par l'auteur intéressé a donc été finalement interprétée par la Cour fédérale comme une révocation.

Cette décision comporte encore d'autres constatations non dénuées d'intérêt en ce qui concerne la teneur de l'obligation pour l'éditeur de faire usage du droit qui lui a été concédé dans les contrats d'édition musicale. La Cour fédérale ne se prononce pas sur le point de savoir s'il y a dans chaque cas obligation pour l'éditeur de procéder aux Etats-Unis d'Amérique à l'inscription au Copyright Office de titres de chansons. Mais en tous cas l'éditeur, s'il ne procède pas à l'inscription, doit s'assurer en temps utile que l'auteur est d'accord. D'une façon générale, l'éditeur a l'obligation de faire le nécessaire, conformément aux usages du commerce, pour l'exploitation de l'œuvre et d'avoir en réserve les exemplaires nécessaires à cette fin. Pourtant, lorsque, malgré de tels efforts, l'on ne peut s'attendre à des profits justifiant les frais engagés et qu'une exploitation de l'œuvre n'apparaît de ce fait pas judicieuse sur le plan économique, il n'y a pas de violation du contrat si l'éditeur n'envisage pas de mettre l'œuvre en circulation.

Dans sa seconde décision concernant l'affaire *Musikverleger*¹⁴³, la Cour fédérale de justice répond par la négative à la question de savoir si, dans le cas d'œuvres jointes (actuellement article 9 de la loi de 1965) ou lorsqu'il existe des rapports de société entre le compositeur et l'auteur du texte, le

compositeur peut exercer seul, pour une exploitation commune de leurs droits d'auteur, le droit de révocation à l'encontre de l'éditeur. La Cour décide encore que la révocation de droits d'usage concernant une œuvre déterminée, dont il a été fait une exploitation suffisante, ne peut trouver sa justification dans le fait que le bénéficiaire des droits d'usage n'a pas fait suffisamment d'efforts pour lancer d'autres œuvres du même auteur, qui lui ont été remises afin qu'il les mette en circulation.

V. Divers

1. Le taux de la redevance due à la GEMA doit-il être doublé?

La Cour fédérale de justice¹⁴⁴ a rendu une décision relative à l'article 97 de la loi de 1965 (dommages-intérêts en cas d'atteinte aux droits d'auteur) qui est importante du point de vue économique tant pour la GEMA que pour ses membres, c'est-à-dire les titulaires dont elle gère les droits (compositeurs, auteurs de textes, éditeurs de musique). Dans cette décision, elle s'en tient en effet expressément à sa jurisprudence antérieure¹⁴⁵, selon laquelle la GEMA a le droit de réclamer pour les communications musicales publiques non autorisées le double du taux de la redevance qu'elle aurait perçue selon son tarif. La Cour fédérale en trouve la justification dans le vaste et coûteux appareil de surveillance que la GEMA doit entretenir pour découvrir les atteintes portées aux droits d'auteur. Les droits d'exécution musicale dits « petits droits », administrés par la GEMA, font en effet l'objet d'usages si nombreux, se produisant simultanément et souvent dans des endroits perdus, dans les hôtels, cafés-restaurants, etc., qu'il ne serait pratiquement pas possible aux auteurs agissant isolément de découvrir les atteintes portées à leurs droits. Les exécutions musicales irrégulières ne peuvent donc être dépistées et prouvées, à la différence des autres atteintes portées aux droits immatériels, que si l'on dispose d'un personnel de contrôle ayant une formation particulière.

Selon la Cour fédérale, si l'on se ralliait à une opinion différente, celui qui porterait atteinte aux droits de l'auteur ne se trouverait pas dans une situation plus mauvaise que celui qui s'est efforcé d'obtenir en temps utile l'autorisation d'exécution. A cela s'ajoute que la GEMA maintient ses tarifs simples à un niveau aussi bas que possible pour encourager tout un chacun à se procurer une autorisation; cela n'a cependant aucune valeur obligatoire pour les tribunaux lorsqu'ils évaluent le préjudice causé par l'atteinte portée aux droits. Ces tarifs ne constituent donc, lors de l'évaluation du préjudice, qu'un point de repère; ils ne représentent au contraire pas la limite supérieure de la somme à rembourser¹⁴⁶. En avançant ce dernier argument, la Cour fédérale veut manifestement parer à l'objection que le doublement de la redevance

¹⁴¹ Ainsi que s'exprime Kleine dans sa note dans Schulze BGHZ 165, p. 19 et suiv.

¹⁴² BGH du 11. 6. 1969 — I ZR 54/67 — « Musikverleger I »; Schulze BGHZ 165; cf. GRUR-Bericht n° 127/71. Cf. aussi la décision se référant expressément à la précédente, rendue par le KG Berlin du 10. 11. 1970 — 5 U 768/70; Schulze KGZ 53.

¹⁴³ BGH du 1. 12. 1972 — I ZR 81/70 et 18/71 — « Musikverleger II »; GRUR, 1973, p. 328.

¹⁴⁴ BGH du 10. 3. 1972 — I ZR 160/70; NJW, 1973, p. 96 et suiv.; cf. GRUR-Bericht n° 1260/73; cf. KG Berlin du 17. 12. 1965 — 5 U 1083/65; Schulze KGZ 38; cf. aussi Loewenheim, *Juristenzeitung*, 1972, p. 12 et suiv.

¹⁴⁵ Basée sur la décision du BGH du 24. 6. 1955 — I ZR 178/53; Schulze BGHZ 17.

¹⁴⁶ Cf. aussi LG Berlin du 17. 2. 1969 — 16 U 366/68; Schulze LGZ 113; cette décision a majoré de 100 % le taux de la redevance figurant au tarif également en cas d'atteintes portées au droit de reproduction mécanique.

due selon le tarif constituerait une sorte de peine civile comme cela avait semblé être le cas dans d'autres décisions¹⁴⁷. La Cour fédérale a par ailleurs, dans une décision antérieure¹⁴⁸, refusé d'étendre cette jurisprudence permettant de doubler la redevance normale aux atteintes portées aux droits d'auteur (il s'agissait en l'espèce de droits de représentation dramatique) dont la gérance n'est pas confiée à la GEMA.

2. Prescription des droits résultant des atteintes portées aux droits d'auteur

L'article 102 de la loi de 1965 réglemente la prescription des droits aux dommages-intérêts résultant d'une atteinte aux droits d'auteur. Le délai de prescription est de trois ans et commence à courir au moment où la partie lésée est informée du dommage et du nom de la personne qui doit la dédommager; autrement, ce droit se prescrit par 30 ans à compter du moment où l'acte a été commis.

Dans sa décision concernant l'affaire *Haselnuss*¹⁴⁹, la Cour fédérale de justice constate tout d'abord que la disposition de l'article 102 s'applique également aux droits nés avant l'entrée en vigueur de la loi sur le droit d'auteur, en vertu de l'article 129 de la loi de 1965. En appliquant par analogie l'article 132 de cette loi, la Cour fédérale apporte cependant une restriction à cette règle en ce qu'un délai de prescription qui n'avait pas encore commencé à courir, selon les dispositions antérieures en vigueur, avant l'entrée en application de l'actuelle loi sur le droit d'auteur, commence à courir au plus tôt avec l'entrée en vigueur de ladite loi.

Dans une autre décision, la Cour fédérale¹⁵⁰ s'est occupée de la prescription des actions qui, à côté de l'action en dommages-intérêts, tendent à la restitution de l'enrichissement sans cause. En cas d'atteintes portées aux droits exclusifs de l'auteur, les dispositions générales concernant la restitution de l'enrichissement sans cause s'appliquent sans qu'il y ait faute; c'est ce qui ressort de la disposition relative aux dommages-intérêts de l'article 97 de la loi de 1965 dont l'alinéa 3) dispose que les droits résultant des autres dispositions légales demeurent réservés. La prescription de telles actions pour enrichissement sans cause est régie par les dispositions générales; le délai en est de 30 années (article 195 du Code civil).

La véritable substance de cette décision est en fait que ces règles s'appliquent également à la législation antérieure, bien qu'il n'y ait pas eu auparavant de disposition correspondant à l'article 97, alinéa 3), de la loi de 1965. Selon la Cour fédérale, cette conclusion ne saurait être modifiée du fait qu'en cas d'atteintes aux droits d'auteur l'action pour enrichissement sans cause a la même portée que l'action en dommages-intérêts si le paiement d'une compensation appropriée est réclamé

dans le cadre de la liquidation du dommage. Cela n'est cependant pas la conséquence d'une particularité du droit d'auteur, mais provient de ce que, en cas d'« enrichissement par économie », une disparition de l'enrichissement n'est généralement, pour des raisons de fait, pas prise en considération.

3. Importance de la compétence exclusive de certains tribunaux pour les atteintes aux droits d'auteur selon l'article 17 de la loi sur la gestion des droits d'auteur et des droits apparentés

o) Selon l'article 17, alinéa 1), de la loi sur la gestion des droits d'auteur et des droits apparentés¹⁵¹, pour les litiges concernant les droits d'une société de gérance et relatifs à la violation d'un droit d'usage ou d'un droit d'autoriser dont elle a la gestion, est exclusivement compétent le tribunal du district dans lequel cette violation a été commise ou dans lequel est sis le tribunal compétent pour l'auteur de la violation. Se référant à la jurisprudence antérieure des tribunaux de Berlin¹⁵², selon laquelle, en cas de violation des droits d'exécution gérés par la GEMA, Berlin, en tant que siège de la GEMA, pouvait aussi être considérée comme lieu de perpétration de l'acte, la GEMA a tenté, malgré l'allègement procédural que le législateur a entendu introduire audit article 17, de continuer à porter devant les tribunaux de Berlin les litiges avec les organisateurs de manifestations musicales, relatifs aux atteintes aux droits d'auteur.

La Cour fédérale de justice¹⁵³ s'est opposée à cette tentative en s'appuyant sur des motifs circonstanciés. Si l'acte illicite consiste, comme dans le cas d'une exécution musicale non autorisée, en un acte positif, c'est le lieu où un acte a été exécuté qui est déterminant et non le lieu où l'acte aurait dû être effectué, par exemple où aurait dû être demandée l'autorisation en vue de transformer l'acte illicite en acte licite. La Cour fédérale qualifie d'erronée la jurisprudence antérieure des tribunaux de Berlin; elle repousse en même temps l'argument avancé par la GEMA, selon laquelle l'article 17 serait nul en tant que disposition d'exception dirigée contre elle et, comme telle, incompatible avec le principe d'égalité (article 3 de la Constitution).

Ainsi que le rapporte Schulze¹⁵⁴, la GEMA avait engagé contre cette décision de la Cour fédérale une action devant la Cour fédérale constitutionnelle¹⁵⁵, que cette dernière a cependant déclarée irrecevable comme manifestement dépourvue de fondement. La GEMA doit donc à l'avenir, conformément à l'intention du législateur, poursuivre les organisateurs de manifestations musicales, qui refusent de payer, devant les tribunaux dans le ressort desquels ils se trouvent; ceci n'empêche naturellement pas que, en vertu de l'article 105 de la loi de 1965 sur le droit d'auteur, il demeure possible de décider que les litiges en matière de droit d'auteur pour lesquels plusieurs tribunaux sont compétents seront portés devant un seul tribunal.

¹⁴⁷ Cf. OLG Hamburg du 5.11.1970 — 3 U 180/69; Schulze OLGZ 109; cf. GRUR-Bericht n° 752/73; et encore LG München I du 4.4.1967 — 7 O 163/66 — « Firmenzeichen »; Schulze LGZ 101.

¹⁴⁸ BGH du 9.3.1966 — I b ZR 36/64 — « Eisrevue III »; Schulze BGHZ 130; cf. GRUR-Bericht n° 1261/68. Cf. encore à ce propos Deutsch, « Der Anspruch auf Materialenschädigung bei Urheberrechtsverletzung », GRUR, 1971, p. 233 et suiv.

¹⁴⁹ Cf. note 27 ci-dessus.

¹⁵⁰ BGH du 2.7.1971 — I ZR 58/70 — « Gasparone II »; Schulze BGHZ 185; cf. GRUR-Bericht n° 1825/72.

¹⁵¹ Loi du 9 septembre 1965; *Bundesgesetzblatt*, I, p. 1294, 1965; cf. *Le Droit d'Auteur*, 1965, p. 276 et suiv.

¹⁵² Cf. par exemple LG Berlin du 5.7.1956 — 17 O 105/54; Schulze LGZ 47.

¹⁵³ BGH du 14.5.1969 — I ZR 24/68 — « GEMA-Gerichtsstand »; Schulze BGHZ 164; cf. GRUR-Bericht n° 1823/72.

¹⁵⁴ Note sous Schulze BGHZ 164, p. 10 et suiv.

¹⁵⁵ Décision du 15.8.1969 — 2 BvR 408/69; non publiée.

b) La règle de détermination du tribunal compétent que comporte l'article 17 de la loi sur la gestion des droits d'auteur et des droits apparentés s'applique, selon sa lettre, aux litiges concernant les droits d'une société de gérance et relatifs à la violation d'un droit d'usage. Le *Landgericht* de Hambourg¹⁵⁶ et le *Landgericht* de Munich¹⁵⁷ ont eu à décider si les actions contre la société de gérance pouvaient, dans certaines circonstances aussi faire partie des litiges ici visés. Ils se sont prononcés contre une telle assimilation, au moins pour le cas où une action est engagée contre la GEMA, pour qu'il soit constaté qu'il n'a pas été porté atteinte aux droits d'usage qu'elle gère.

4. Protection des auteurs étrangers (article 121 de la loi de 1965)

La protection du droit d'auteur est réglementée, pour les ressortissants étrangers, à l'article 121 de la loi de 1965. L'essentiel de cette réglementation est constitué par le renvoi aux conventions internationales sur le droit d'auteur que comporte l'alinéa 4). Pourtant, les décisions concernant la protection conventionnelle des auteurs étrangers ont été relativement rares pendant la période à laquelle est consacrée cette « Lettre ». Mise à part la décision de l'*Oberlandesgericht* de Coblence, dans l'affaire *Le baruffe chiozzotte*¹⁵⁸ déjà rapportée, dans laquelle un metteur en scène étranger s'était vu refuser la protection du droit d'auteur, mais auquel aucune protection ne pouvait non plus être accordée, pour défaut de réciprocité, selon la Convention de Rome, et mise à part également la décision de la Cour fédérale de justice dans l'affaire *Vasenleuchter*¹⁵⁹, elle aussi déjà évoquée, dans laquelle la protection conventionnelle a été accordée sans difficultés, il y a lieu de citer ici deux affaires.

Dans les deux cas, il s'agissait finalement de savoir si les auteurs concernés se trouvaient privés de la protection conventionnelle par une prétendue publication dans un pays non membre de l'Union de Berne.

a) Dans l'affaire *The Gold Rush*, la Cour fédérale de justice¹⁶⁰ a décidé que la seule projection d'une œuvre cinématographique ne constituait pas une publication de l'œuvre, même selon l'article 4 de l'Acte de Berlin, du 13 novembre 1908, de la Convention de Berne. Une telle disposition figurant aujourd'hui expressément dans l'article 4, alinéa 4), de l'Acte de Bruxelles n'existait pas encore dans l'Acte de Berlin même si, selon l'Acte de Berlin déjà, seules les œuvres éditées devaient être considérées comme œuvres publiées au sens de la Convention.

Le litige avait pour objet la version muette, filmée en 1925, du film *The Gold Rush* de Charlie Chaplin que la défenderesse, une société de distribution, présentait en République fédérale sans autorisation. Le film avait été projeté le 26 juin

¹⁵⁶ LG Hamburg du 17. 1. 1969 — 74 O 434/68; Schulze LGZ 112; et du 11. 4. 1969 — 74 O 427/68; Schulze LGZ 114.

¹⁵⁷ LG München I du 20. 5. 1969 — 7 O 3/69; Schulze LGZ 115.

¹⁵⁸ Cf. note 48 ci-dessus.

¹⁵⁹ Cf. note 6 ci-dessus.

¹⁶⁰ BGH du 19. 5. 1972 — I ZR 42/71 — « Goldrausch »; *GRUR Int.*, 1973, p. 49; cf. aussi la procédure se déroulant parallèlement en Suisse et dont fait mention la Cour fédérale: Cour fédérale suisse du 3. 11. 1970, *GRUR Int.*, 1972, p. 25 — « Goldrausch ».

1925 tout d'abord dans ce que l'on nomme « road show » à Hollywood, pour éprouver son succès auprès du public, et ce film muet avait, tout de suite après, reçu sa version définitive. L'exploitation du film avait commencé, avec un nombre de copies suffisant pour celle-ci, avec des projections ayant eu lieu le 15 août 1925 aussi bien à Toronto (Canada) que dans une séance de minuit à New York (Etats-Unis). L'adhésion du Canada, dominion de l'Empire britannique, à la Convention de Berne était devenue effective le 1^{er} janvier 1924.

Selon la décision de la Cour fédérale, il n'y avait pas encore de publication dans la projection-test du 26 juin 1925 aux Etats-Unis, pays non unioniste. Etant donné que les projections du 15 août 1925 constituaient le début d'une exploitation systématique et à grande échelle du film, dont il était déjà possible de disposer de huit copies pour le Canada au moment de la première projection, l'œuvre cinématographique a donc été exploitée dans le pays unioniste qu'était le Canada, en version muette, à partir du 15 août 1925, dans les conditions nécessaires à une publication au sens de la Convention de Berne. L'exploitation ayant eu lieu quelques heures plus tard ou peut-être même simultanément aux Etats-Unis n'a pas eu d'effets préjudiciables.

La Cour fédérale souligne encore qu'il était indifférent dans cette affaire que l'exploitation du film eût été effectuée au Canada par un centre de distribution se trouvant dans ce pays ou par une entreprise de distribution américaine à partir des Etats-Unis. Elle laisse ouverte la question de savoir si, étant donné la situation particulière des œuvres cinématographiques où un nombre de copies beaucoup moins important suffit, l'on devrait s'en tenir pour les œuvres littéraires à la jurisprudence antérieure qui veut, pour qu'il y ait publication dans un pays unioniste, qu'il y existe un centre de distribution, ceci afin d'empêcher le seul simulacre d'actes de distribution.

b) Dans la seconde affaire qui n'est jusqu'ici connue que par des informations de presse¹⁶¹, il s'agissait notamment de savoir si ce que l'on nomme des éditions « samizdat » (éditions clandestines)¹⁶² effectuées en Union soviétique constituent une publication de l'œuvre qui enlèverait aux publications ultérieures dans un pays unioniste le caractère de première publication au sens de la Convention de Berne. Il s'agissait ici du roman *Août 1914* de Soljenitsyne, qui n'a pu jusqu'ici paraître officiellement en Union soviétique, mais dont une édition, en langue russe d'abord, parut en juin 1971 à Paris avec l'accord de Soljenitsyne. Pour autant que le roman n'était pas encore publié en URSS, il pouvait bénéficier de la protection conventionnelle en application de l'article 6 de la Convention de Berne (Acte de Bruxelles).

Le litige, dont on ne peut guère attendre le règlement définitif que d'une décision de la Cour fédérale de justice oppose la maison d'édition Luchterhand et la maison d'édition

¹⁶¹ Cf. par exemple *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)* du 22. 10. 1971, p. 32; du 25. 10. 1971, p. 22; du 9. 8. 1972, p. 28; du 22. 2. 1973, p. 2.

¹⁶² Cf. à ce propos l'article très détaillé de Loeber, « „Selbstverlage" (Samizdat) in der Sowjetunion », *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1973, p. 515 et suiv.

Langen-Müller. La première prétend avoir acquis les droits sur le roman pour le monde entier du fondé de pouvoirs de Soljenitsyne, qui vit en Suisse; la seconde conteste l'acquisition des droits par la maison Luchterhand et prétend, en outre, qu'il y avait déjà eu publication dans un pays non unioniste en raison de l'édition « samizdat » réalisé en Union soviétique. L'Union soviétique n'était encore, à l'époque considéré, partie à aucune convention internationale sur le droit d'auteur.

La maison d'édition Langen-Müller avait, en publiant le roman en langue allemande, devancé par une action éclair la maison d'édition Luchterhand. Dans la procédure en cessation aussitôt engagée par cette dernière, la maison Langen-Müller a, jusqu'à présent, été déboutée sur tous les moyens, en dernier lieu par un jugement non encore publié de l'*Oberlandesgericht* de Stuttgart¹⁶³. L'on voit ainsi dans quelle entreprise risquée s'est engagée la maison d'édition Langeu-Müller. Il est en outre extrêmement douteux qu'une édition « samizdat », au cas où il serait même possible d'en apporter la preuve, puisse être considérée comme une publication au sens de la Convention de Berne en raison justement de son illégalité et de sa précarité, passant de la main à la main. Il reste encore à noter que l'adhésion de l'Union soviétique à la

¹⁶³ OLG Stuttgart du 21. 2. 1973; cf. *FAZ* du 22. 2. 1973, p. 2.

Convention universelle sur le droit d'auteur¹⁶⁴ a, pour l'avenir, privé de toute raison d'être les litiges de cette nature.

* * *

Cet aperçu de l'évolution de la jurisprudence allemande relative à la loi sur le droit d'auteur de 1965 arrive ainsi à son terme. Si toutes les décisions n'ont pu être présentées dans tous leurs détails et si quelques-unes ont même dû être totalement ignorées, le lecteur de cette revue aura, espérons-le, acquis au moins une vue d'ensemble des problèmes que pose, en République fédérale d'Allemagne, l'application du droit d'auteur ainsi que des solutions qui leur sont apportées. Que ceux qui continuent à assigner au droit d'auteur la fonction primordiale de protéger les œuvres littéraires, musicales et artistiques au meilleur sens de ces termes trouvent une consolation dans le fait que, pour nombre d'intéressantes décisions, c'est non pas seulement de la « petite monnaie » qu'il s'est agi, mais bien d'importantes œuvres de l'esprit d'écrivains et d'artistes connus.

¹⁶⁴ A propos de l'adhésion de l'Union soviétique à la Convention universelle sur le droit d'auteur, cf. Ulmer, *GRUR Int.*, 1973, p. 93 et suiv.; Dietz, *Film und Recht*, 1973, p. 214 et suiv.; Peter, « Beitritt der Sowjetunion zum Welturheberrechtsabkommen », *Film und Recht*, 1973, p. 166 et suiv.; Nawrocki, « La modification de la législation soviétique sur le droit d'auteur par le décret du 21 février 1973 et l'adhésion de l'URSS à la Convention universelle sur le droit d'auteur de 1952 », *Il Diritto di Autore*, 1973, p. 122 et suiv.

- 12 au 23 mai 1975 (Washington) — Classification internationale des brevets (IPC) — Groupe de travail I du Comité ad hoc mixte
- 9 au 13 ou 20 juin 1975 (Genève) — Classification internationale des brevets (IPC) — Groupe de travail V du Comité ad hoc mixte
- 15 au 26 septembre 1975 (Rijswijk) — Classification internationale des brevets (IPC) — Groupe de travail IV du Comité ad hoc mixte
- 23 au 30 septembre 1975 (Genève) — Comité de coordination de l'OMPI et Comités exécutifs des Unions de Paris et de Berne — Sessions ordinaires
- 3 au 14 novembre 1975 (Berne) — Classification internationale des brevets (IPC) — Groupe de travail II du Comité ad hoc mixte
- 1^{er} au 12 décembre 1975 (Munich) — Classification internationale des brevets (IPC) — Groupe de travail III du Comité ad hoc mixte
- 8, 9 et 16 décembre 1975 (Genève) — Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion — Comité intergouvernemental — Session ordinaire (organisée conjointement avec l'Organisation internationale du travail et l'Unesco)
- 10 au 16 décembre 1975 (Genève) — Comité exécutif de l'Union de Berne — (session extraordinaire)

Réunions de l'UPOV

- 21 au 23 octobre 1974 (Genève) — Réunion avec les Etats membres
- 23 octobre 1974 (Genève) — Comité de travail consultatif
- 24 au 26 octobre 1974 (Genève) — Conseil
- 5 et 6 novembre 1974 (Genève) — Comité directeur technique
- 7 novembre 1974 (Genève) — Groupe de travail sur l'examen centralisé

Réunions d'autres organisations internationales s'occupant de propriété intellectuelle

- 6 au 9 mai 1974 (Rijswijk) — Institut international des brevets — Séminaire de formation
- 13 et 14 mai 1974 (Chicago) — Association interaméricaine de propriété industrielle — Conseil d'administration
- 19 au 21 juin 1974 (Rijswijk) — Institut international des brevets — Conseil d'administration
- 2 au 5 juillet 1974 (Monte-Carlo) — Syndicat international des auteurs — Congrès
- 11 au 13 septembre 1974 (Bruxelles) — Institut international des brevets — Conseil d'administration
- 6 au 10 octobre 1974 (Rome) — Ligue internationale contre la concurrence déloyale — Congrès
- 21 au 23 octobre 1974 (Rijswijk) — Institut international des brevets — Conseil d'administration
- 11 au 16 novembre 1974 (Santiago) — Association interaméricaine de propriété industrielle — Congrès
- 9 au 11 décembre 1974 (Rijswijk) — Institut international des brevets — Conseil d'administration
- 3 au 10 mai 1975 (San Francisco) — Association internationale pour la protection de la propriété industrielle — Congrès