

Dorigny
1015 Lausanne (Suisse)
Téléphone: 021/692 49 11
Téléfax: 021/692 49 49
E-Mail: Bertil.Cottier@isdcd-fjip.unil.ch

Office fédéral de la justice
à l'attention de M. Luzius Mader
Sous-directeur
3003 **Berne**

Lausanne, le 26 avril 2002
BC/Azau

AVIS 02-024

Conflit entre le principe de publicité et le droit d'auteur

Monsieur le sous-directeur,

Suite à votre lettre du 7 février dernier, nous avons procédé à un examen des principaux pays qui connaissent le droit d'accès aux documents administratifs afin d'analyser dans quelle mesure le conflit entre le principe de publicité et le droit d'auteur a été résolu.

Ce tour d'horizon, qui a porté sur la Suède¹, la Finlande², les Etats-Unis d'Amérique³, le Danemark⁴, la Norvège⁵, la France⁶, l'Australie⁷, la Nouvelle-Zélande⁸, le Canada⁹, la Hollande¹⁰, la Hongrie¹¹, la Belgique¹², l'Islande¹³, l'Irlande¹⁴, l'Afrique du Sud¹⁵ et le Royaume-Uni¹⁶, nous a permis de constater que la problématique est abordée de manière

¹ Voir le chapitre II de la loi fondamentale sur la presse (*Tryckfrihetsförordningen*), intitulé "De la publicité des documents administratifs", <http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19490105.HTM>, disponible en traduction anglaise sur le site http://www.uni-wuerzburg.de/law/sw03000_.html, ainsi que la loi sur le secret de 1980 (<http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19800100.HTM>).

² *Lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet 1999* (<http://www.om.fi/1143.htm>).

³ *Freedom of information Act 1966* (<http://www4.law.cornell.edu/uscode/5/552.text.html>).

⁴ *Lov om offentlighed i forvaltningen* (<http://www.vissenbjergkommune.dk/postli/offlov.htm>).

⁵ *Lov om offentlighet i forvaltningen 69/1970* (<http://www.lovdato.no/all/tl-19700619-069-0.html#8>).

⁶ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (<http://www.cada.fr/fr/texte/frame.htm>).

⁷ *Freedom of information Act 1992* (http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/foia1982222/).

⁸ *Official information Act 1982* (<http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/reprint/text/1982/an/156.html>).

⁹ Loi sur l'accès à l'information (L.R. 1985, ch. A-1 <http://lois.justice.gc.ca/fr/A-1/index.html>).

¹⁰ Loi du 31 octobre 1991 sur l'accès du public aux documents administratifs.

¹¹ *Act of 1992 on the Protection of Personal Data and the Publicity of Data of Public Interest* (http://www.privacy.org/pi/countries/hungary/hungary_privacy_law_1992.html).

¹² Loi relative à la publicité de l'administration du 11 avril 1994.

¹³ *Upplysningalög 50/1996* (<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1996050.html>); disponible en traduction anglaise sur le site <http://www.rz.uni-frankfurt.de/~sobotta/Enskthyd.doc>.

¹⁴ *Freedom of Information Act 1997* (<http://www.irlgov.ie/finance/publications/foi/foi.htm>).

¹⁵ *Promotion of information Act 2000* (<http://www.acts.co.za/promotio.htm>).

¹⁶ *Freedom of information act* (<http://www.hmso.gov.uk/acts/acts2000/20000036.htm>)

très diverse dans les pays examinés: si certains Etats ignorent la problématique, d'autres donnent des réponses; mais dans la plupart des cas, il ne s'agit alors que de réponses partielles ou vagues, qui reflètent la perception d'un problème plus que l'identification de ses enjeux véritables. A témoin, l'article 12 de la *loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁷ du Québec, lequel dispose, sans autre précision, que

*Le droit d'accès à un document s'exerce sous réserve des droits relatifs à la propriété intellectuelle.*¹⁸

Cette méconnaissance peut s'expliquer par un désintérêt du législateur et de la doctrine pour la problématique; ce d'autant que le conflit entre le principe de publicité n'a guère eu de résonance en pratique: la jurisprudence en la matière se compte sur le bout des doigts.

Pour ce qui suit, nous nous concentrerons sur les pays qui ont donné les solutions les plus substantielles en la matière. A savoir les pays nordiques (et en particulier la Suède, pays pionnier en matière de transparence puisque le principe de publicité y remonte à 1766), la France, la Belgique et l'Irlande, tous des Etats où le législateur a posé certains jalons. Nous ferons également référence aux Etats-Unis où, en l'absence de signaux du législateur fédéral, quelques éléments de réponses ont été donnés par les législateurs des Etats fédérés, par la jurisprudence et par une poignée d'articles de doctrine; étant entendu que le regard de la doctrine américaine se dirige plus vers la problématique (voisine) de la commercialisation des informations publiques que sur la protection des oeuvres de tiers détenues par l'administration¹⁹.

Pour bien sérier la problématique, nous distinguerons la simple consultation de l'oeuvre, sa reproduction et enfin son exploitation (diffusion, utilisation commerciale etc.); à l'intérieur de ces trois catégories, il y aura lieu, le cas échéant, de distinguer en outre l'hypothèse des oeuvres créées par l'administration de celle des oeuvres créées par des tiers (que ce soit sur commande de l'administration ou spontanément). Dans un premier temps toutefois, il importe d'observer que nombre de législations font d'emblée échapper au droit d'auteur foule de documents créés par l'administration. Voyons cela de plus près.

1. Documents officiels échappant au droit d'auteur

Tant le droit américain que les pays européens examinés font tomber la plupart des documents officiels créés par l'administration dans le domaine public. D'un côté les lois sur le droit d'auteur établissent une liste des divers types de documents qui ne sont pas des oeuvres au sens du droit d'auteur (lois, décisions administratives, rapports officiels, etc.), de l'autre certains documents internes sont également exclus

¹⁷ Disponible sur le site <http://www.cai.gouv.qc.ca/fr/loi.pd>

¹⁸ Cette règle est interprétée par la *Commission d'accès à l'information* en ce sens que la consultation d'un document aux fins de transparence est toujours possible : « Le droit d'auteur vise à protéger l'utilisation de documents leur reproduction et non pas la divulgation de ces documents. Ainsi une personne ayant accès aux plans et ne s'en servant pas pour construire ce qu'ils contiennent ne viole pas le droit d'auteur. Il faut distinguer le droit d'auteur du droit d'accès » (Cameron c. Commission scolaire South Shore, 1998, CAI 163).

¹⁹ Voir notamment Robert Gellman, *Twin Evils: Government copyright and copyright-like controls over government information*, *Syracuse Law Review* 1995, p. 999ss.

faute d'un degré d'originalité suffisant pour être protégés par le droit d'auteur (circulaires, notes de service, etc.).

Ainsi, par exemple, l'article 9 de la loi suédoise sur le droit d'auteur²⁰ précise que les lois, les décisions des autorités, les avis ainsi que les prononcés des autorités suédoises et les traductions officielles ne peuvent faire l'objet d'un droit d'auteur (cette réserve doit être interprétée largement, incluant les rapports, les jugements, les projets des commissions d'experts²¹). Exception: les cartes, les oeuvres d'art, les oeuvres musicales et les poèmes qui seraient incorporés dans un document non susceptible de droit d'auteur sont en revanche protégés par le droit d'auteur.

Le droit américain est encore plus explicite à cet égard, puisque l'article 105 du Copyright Act (17 USC 105) interdit à l'administration américaine de revendiquer un quelconque droit d'auteur sur les oeuvres qu'elle produit, que celles-ci aient été publiées ou non. : "The Coypright Act effectively avoids the possibility of restraint by putting all works in the public domain(...). Thus any United States citizen may copy or distribute government work".²²

On signalera en revanche que le Royaume-Uni (suivi en cela par les pays du Commonwealth) fait bénéficier la Couronne d'un droit d'auteur sur les documents officiels, y compris les textes législatifs.

2. Consultation de l'oeuvre

2.1. Principe de la priorité à la transparence

Ce principe est posé en Belgique par la loi sur la publicité de l'administration (art. 9) qui dispose que

Lorsque la demande de publicité porte sur un document administratif d'une autorité administrative fédérale incluant une oeuvre protégée par le droit d'auteur, l'autorisation de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits de celui-ci ont été transmis n'est pas requise pour autoriser la consultation sur place du document ou pour fournir des explications à son propos.

Dans les pays nordiques, le principe de priorité n'est pas ancré dans les lois sur la transparence, mais dans la législation sur la propriété intellectuelle: art. 27 de la loi danoise sur le droit d'auteur²³, art. 25d de la loi finlandaise²⁴, art. 27 de la loi norvégienne²⁵, art. 26b de la loi suédoise. En des termes très semblables - les législations sur la propriété intellectuelle des pays scandinaves sont le fruit d'un

²⁰ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (<http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19600729.HTM>).

²¹ Alf Bohlin, *Offentlighetsprincipen*, 5^{ème} éd., Stockholm 1996, p. 31, note 39.

²² David S. Lewitt, *Copyright protection for United States Government computer programs*, IDEA: The Journal of Law and Technology 2000, p. 235. Cette règle ne vaut que pour l'administration fédérale; au niveau des Etats fédérés, la situation est beaucoup plus confuse. Pour plus de détails, voir Irina Dimitrieva, *State ownership of copyrights in primary law materials*, Hastings Communications and Entertainment Law Journal 2000 p. 82ss.

²³ Lov om ophavsret (http://www.retsinfo.dk/GETDOCI/_ACCN/A20010061829-REGL); en traduction anglaise (http://www.kum.dk/kum.asp?lang=2&color=3&file=/.uk/3_STD_1642.asp).

²⁴ Upphovsrättslagen (404/61):

²⁵ Lov om opphavsrett til åndsverk 1961 (<http://www.lovdato.no/all/nl-19610512-002.html>)

effort d'harmonisation internordique -, ces normes soulignent, en substance, que le droit d'auteur ne saurait faire obstacle à la consultation des documents soumis à la transparence en vertu des lois sur la publicité des documents administratifs. Soucieuse du détail, la loi danoise relève expressément que la consultation demeure possible qu'il s'agisse de documents créés au sein de l'administration ou parvenus à l'administration²⁶.

2. 2. Restrictions concernant l'oeuvre remise à l'administration par un tiers contre la volonté de son auteur

Le principe de priorité à la transparence consacré par la Suède a été affaibli par une nouvelle entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 et adoptée à l'insistance des auteurs, lesquels se plaignaient depuis longtemps du fait que le droit d'accès permettait de tourner la loi sur le droit d'auteur: des oeuvres qui n'avaient pas encore été divulguées par les ayants-droit étaient communiquées par les autorités requises et, ensuite, diffusées par les requérants dans le public, en violation consciente du droit d'auteur. A ces pressions, se sont ajoutées celles des Etats-Unis qui ont fait savoir que pareil régime pourrait violer la Convention de Berne pour la protection des oeuvres artistiques et littéraires, et les accords TRIPs sur la circulation des biens immatériels²⁷.

En substance, la dite nouvelle a atténué la portée de l'exception de transparence administrative en introduisant un article 27 VIII dans la loi sur le secret (le chapitre VIII contient les normes de secret destinées à protéger les intérêts personnels et économiques des particuliers), lequel interdit l'accès à une oeuvre protégée par le droit d'auteur, si les quatre conditions cumulatives suivantes sont remplies:

- tout porte à croire que l'oeuvre en question n'a pas encore été mise en circulation dans le public au sens de la loi sur le droit d'auteur; en clair il ne faut pas qu'il y ait eu une divulgation licite au sens de ce texte,
- l'oeuvre n'a apparemment pas de valeur commerciale; il s'agit ainsi d'éviter que de simples lettres ou des notes échappent à la publicité sous prétexte qu'elles sont le reflet de la personnalité propre de leur auteur; en revanche un manuscrit non publié aurait une valeur commerciale;
- les circonstances laissent penser que l'oeuvre est parvenue à l'autorité requise sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, et
- les modalités de communication de l'oeuvre viole le droit exclusif du titulaire du droit d'auteur; en conséquence: la lecture intégrale de l'oeuvre viole le droit d'auteur, mais pas la publication d'un résumé.

²⁶ "27.-(1) Where copies of works protected under this Act have been lodged in custody of an administrative authority in connection with its activity, the copyright shall not prevent other parties from demanding access to copies of works nor from demanding a transcript or a copy in compliance with the existing statutory provisions thereon. The same shall apply to works produced within the administrative authority".

²⁷ Il est piquant de constater que concrètement parlant cette nouvelle a pour toile de fond les démêlés de l'Eglise de scientologie: en effet des documents protégés par le droit d'auteur et jamais publiés, écrits par le fondateur de cette Eglise, ont été transmis au milieu des années 90 aux autorités suédoises dans le seul but d'en faire par ce biais des documents officiels, accessibles au public (et partant de dénigrer les fondements de la Scientologie) ... d'où une réaction outrée des Américains menaçant de saisir les organes qui surveillent la mise en oeuvre des accords TRIPs (voir le rapport explicatif à la dite nouvelle, Prop. 1999/200:35 p. 16. et Lennart Svensäter, *Upphovsrätten och informationsintresset*, in Actes du 35e congrès des juristes nordiques, Oslo 1999, tome 1, p. 550).

Aux Etats-Unis et au Danemark pareille protection de l'auteur floué est inutile; en effet dans ces pays, celui-ci bénéficie indirectement du fait que le cercle des documents soumis à la transparence (les documents dits "officiels") est plus restreint. En particulier la qualité de documents officiels dépend non de la simple possession par un service public des documents litigieux, mais également de leur finalité administrative.

Ainsi le droit américain fait échapper à la transparence les documents que l'administration ne "contrôle" pas; et ce, soit parce que son droit d'en disposer est limité par une licence octroyée par un tiers (p.ex. une base de données, exploitée par une entreprise commerciale, à laquelle l'administration a accès par le biais d'un contrat²⁸), soit parce que les documents "do not provide information about the government's operation, structure, or decision-making process"²⁹. Au Danemark, l'art. 4 de la loi sur la publicité consacre lui aussi une notion restrictive des documents officiels, limitant le droit d'accès aux documents qui sont en relation avec le processus décisionnel de l'administration; partant les documents qui sont tombés aux mains de l'administration, par le biais d'un tiers et contre le gré de leur auteur, devraient échapper à la transparence³⁰.

2. 3. Restrictions générales à la consultation d'oeuvre de tiers

Pareille restriction générale n'existe à notre connaissance que dans la loi sur la transparence de l'Etat du Wisconsin qui interdit par principe la consultation des

*materials to which access is limited by copyright, patent or bequest; and published materials in the possession of an authority other than a public library which are available for sale, or which are available for inspection at a public library.*³¹

Cela dit, le droit fédéral américain accorderait lui aussi la possibilité d'interdire la consultation d'oeuvre de tiers, mais seulement dans le cas où la consultation porterait atteinte aux intérêts économiques du titulaire du droit d'auteur. En effet, il a été jugé que relèvent de la quatrième cause de maintien du secret posée par la loi sur la transparence ("trade secrets and commercial or financial information obtained from a person and privileged and confidential"³²) les informations dont la divulgation "cause substantial harm to the competitive position of the person of whom the information was obtained"³³. Le conditionnel est toutefois de rigueur, car le jugement en question ne concernait pas directement un cas de conflit entre le droit d'accès et le droit d'auteur. Au reste, la doctrine soutient que nombre de documents, en particulier ceux qui n'ont pas de valeur commerciale, peuvent être remis nonobstant le copyright en invoquant l'exception de "fair use" (notion qui va au-delà de la notion d'usage privé que connaissent les lois sur le droit d'auteur des pays

²⁸ Il s'agissait en l'espèce de la base de données juridiques JURIS exploitée par West Publishing Company (Tax Analyst v. US Dept. of Justice 913 F. Supp. 599 DDC 1996).

²⁹ Gilmore v. US Dept. of Energy 4 F. Supp. 2d 922 (ND Cal. 1998).

³⁰ Voir à ce sujet l'intervention du prof. Mats Bryde Andersen, lors du 35e congrès des juristes nordiques, note, p. 581.

³¹ Wisconsin Statutes 19.32

³² USC 5 § 552 (b) (4)

³³ GC Micro Corp v. Defense Logistics Agency 33 F.3d 1112 (9th Circ. 1994).

européens)³⁴. La loi sur le copyright autorise en effet la communication d'oeuvres protégées dans un but de critique, de commentaire ou d'information du public et d'enseignement³⁵.

3. *Reproduction de l'oeuvre*

3.1. *Exigence du consentement de l'auteur*

Le droit belge (art. 9 al. 2) soumet la fourniture de copies à l'autorisation de l'auteur ou de l'ayant droit:

Une communication sous forme de copie d'une oeuvre protégée par le droit d'auteur n'est permise que moyennant l'autorisation préalable de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits de celui-ci ont été transmis.

Enfin, on notera qu'il a été jugé que le consentement n'a pas à être demandé s'il s'agit d'une oeuvre commandée par l'administration; en effet dans cette hypothèse le contrat prévoit une cession des droits³⁶; si tel n'est pas le cas, souligne un commentateur de cette décision³⁷, l'administration doit se tourner vers l'auteur pour lui demander de se prononcer; mais un refus de consentement pourrait être constitutif d'un "abus du droit d'auteur", car l'administration aurait dû prévoir une cession des droits.

Enfin, il est intéressant de noter que l'alinéa 3 du dit article 9 impose une obligation de signaler que l'oeuvre est protégée par le droit d'auteur:

Dans tous les cas l'autorité spécifie que l'oeuvre est protégée par le droit d'auteur.

Enfin le droit irlandais (art. 12 al. 2 de la loi sur la transparence) souligne quant à lui que la reproduction peut être refusée s'il en résulte une atteinte au droit d'auteur³⁸.

3.2. *Absence d'exigence du consentement*

Les pays nordiques permettent sans autre de copier l'oeuvre; la permission est soit expressément donnée par la loi (art. 27 al 1 de la danoise sur le droit d'auteur³⁹), soit

³⁴ Voir notamment Burt Braverman et Frances Chetwynd, *Information Law*, New York 1985, premier volume, p. 332ss et John A. Kidwell, *Open records laws and copyright*, *Wisconsin Law Review* 1989, p. 1028. Ce point de vue est plus ou moins corroboré par un avis du Département fédéral de la justice qui souligne que les oeuvres pourraient être considérées comme des informations protégées par la quatrième exception (et partant non communicables) si elles ont une valeur commerciale (FOIA Update, Vol. IV, No. 4, at 3-5 "OIP Guidance: Copyrighted Materials and the FOIA"). Et ce ministère de mettre en garde les unités administratives qui entendraient mettre à disposition du public, sur leur site Internet, des documents émanant de tiers: "However, any agency that gives "electronic reading room" treatment to a record that an outside party has created should guard against the possibility that such extraordinarily wide dissemination of the record (as opposed to conventional reading room availability) might be regarded as copyright infringement by that outside party".

³⁵ Voir USC 17 § 107 (<http://www4.law.cornell.edu/uscode/17/107.html>).

³⁶ Commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement (Région de Wallonie), 3 juin 1999 (Auteurs et Média 2000, p. 433).

³⁷ Axel Gosseries, *ibidem*, p. 439.

³⁸ Le Ministère de la justice irlandais commente cette disposition comme suit: "Where copyright of a record belongs to a third party, the public body may have an obligation to prevent release of copies of the record e.g. architectural drawings. In such circumstances, it may be more appropriate to allow inspection of the record" (FOI Manual, <http://www.irlgov.ie/finance/publications/foi/foiman01.htm>).

tacitement. Dans ce dernier cas, le droit de copier repose sur le fait que le droit d'accès a deux composantes a priori indissociables: le droit de consulter et le droit de copier⁴⁰.

Aux Etats-Unis, aucune jurisprudence ne vise directement la problématique. Il est toutefois souligné par un auteur que:

*"Inspection o the work in order to fulfill the purposes of the open records laws would ordinarily be entirely consistent with maintaining the owner's proprietary right, as would that degree of copying which would constitute a "fair use".*⁴¹

On retrouve, mais sans autre explication ni commentaire, l'exception du "fair use" déjà mentionnée plus haut (2.3).

3.3. Modalités de reproduction

Cette question n'est pratiquement pas discutée. Si la Suède permet à l'administration de se libérer de son obligation de fournir une copie par la simple remise de l'information requise sur support papier, il semble qu'aux Etats-Unis le requérant a le droit d'exiger une version électronique. Ce droit ne résulte toutefois d'un obiter dictum d'une décision judiciaire⁴².

4. Exploitation de l'oeuvre

C'est à ce stade que le droit d'auteur reprend clairement le dessus: partout les droits d'exploitation de l'oeuvre demeurent intégralement aux mains du titulaire du droit d'auteur. Evident, ce principe n'a été expressément posé que par quelques législations étrangères, en particulier la loi danoise sur le droit d'auteur (art. 27 al.3)⁴³ et la loi française sur la transparence, dont l'article 10 alinéa 2 dispose que:

L'exercice du droit à la communication institué par le présent titre exclut, pour ses bénéficiaires ou pour les tiers, la possibilité de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales les documents communiqués.

Il n'est toutefois pas sans intérêt de relever que pour le droit français seule une exploitation commerciale demeure réservée⁴⁴; le droit danois ne précise pas ce point. On devrait en déduire qu'une communication intégrale de l'oeuvre à d'autres fins que commerciales ne serait pas possible, sauf à user du droit de citation pour en diffuser des extraits. La doctrine danoise étant muette sur ce point, on ne peut que conjecturer.

³⁹ Cette solution n'est pas critiquée par la doctrine danoise, cf John Vogter, *Ofendlighedsloven*, Copenhague 1998, p. 287ss.

⁴⁰ Henry Olsson, *Uphovsrättslagstiftningen - En kommentar*, Stockholm 1996, p. 167.

⁴¹ John A. Kidwell, op. cit, p. 1028.

⁴² Henry Perrot, *Sources of rights to access public information*, William and Mary Bill of Right Journal 1995, p. 188.

⁴³ "The right to further exploitation of works open to public access in pursuance of subsection (1) or (2) or of which transcripts or copies have been issued shall be subject to the provisions otherwise in force".

⁴⁴ L'article 26 alinéa 2 chiffre 2 de la loi suédoise sur le droit d'auteur va dans le même sens, en réservant au seul auteur de publier des recueils des documents ("anföranden") qu'il a créés et transmis à l'administration.

En espérant que ces informations vous seront utiles, nous vous prions d'agréer,
Monsieur le directeur, l'assurance de nos sentiments très distingués.

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARE

Bertil Cottier
Directeur suppléant