

Le droit de représentation

Par Oumar SANON, juriste

Le mode d'exercice le plus courant des droits des auteurs est celui lié à la représentation, qu'elle soit légale ou conventionnelle. Reconnue pour la première fois par le législateur français à travers la loi de 1791¹, le droit de représentation fait partie des prérogatives non moins essentielles du droit d'auteur. A l'instar du droit de reproduction, le droit de représentation est mentionné à l'alinéa 7 de l'article 16 de la loi burkinabè du 22 décembre 1999, en ces termes :

« L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur son œuvre de droits patrimoniaux exclusifs dont les prérogatives lui permettent de faire ou d'autoriser :

- la représentation ou l'exécution de son œuvre en public »²;

Mais la disposition burkinabè associe au droit de représentation, celui de la communication de l'œuvre au public, en précisant toujours à l'article 16, alinéa 9, « la communication de son œuvre au public ».

La représentation ou l'exécution publique est encore définie par la loi burkinabè comme :
« le fait de réciter, jouer, danser, représenter ou interpréter autrement une œuvre, soit directement soit au moyen de tout dispositif ou procédé ou, dans le cas d'une œuvre audiovisuelle, d'en montrer les images en série ou d'en rendre audibles les sons qui l'accompagnent, en un ou plusieurs lieux où des personnes étrangères au cercle d'une famille et de son entourage le plus immédiat sont ou peuvent être présentes, peu importe à cet égard qu'elles soient ou puissent être présentes dans le même lieu et au même moment, ou en des lieux différents et à des moments différents, où la représentation ou exécution peut être perçue sans qu'il y ait nécessairement communication au public ».³

Or, l'article L.122-2 du Code de Propriété Intellectuelle (CPI) s'en tient à la seule définition de la représentation qui consisterait en la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :

« 1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;

2° Par télédiffusion.

La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite. »⁴

La disposition française semble plus explicite et permet de distinguer la représentation sous deux formes que sont : la représentation directe et celle indirecte. La première forme est celle décrite à l'alinéa 1 de l'article L.122-2 et la forme indirecte est reconnue à son alinéa 2.⁵

Le droit de représentation directe

La représentation directe connue encore, sous le nom d'exécution publique, est la forme vivante de l'exploitation d'une œuvre. Elle équivaut à l'expression « jouer en live ». Elle se comprend aisément quand il s'agit des œuvres telles que : la musique, le théâtre, la chorégraphie, les ballets ou les symphonies musicales, etc. Une œuvre cinématographique ne saurait faire l'objet de représentation directe, c'est-à-dire être jouée en live. L'exécution du scénario peut être vécue en live tout comme celle de la pièce de théâtre, mais la réalisation qui est le montage et la mise en forme aboutissant au produit fini, c'est-à-dire à la l'œuvre cinématographique, se passe en studio et ne saurait être vécue en live, c'est à dire en direct.

Les droits de représentation seraient ainsi les droits reconnus à l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique d'autoriser, ou d'interdire la représentation publique, qu'elle soit directe ou indirecte de son œuvre. A cet égard, les exécutions publiques que sont les concerts en live, les théâtres exécutés en live, les danses chorégraphiques, les comédies musicales, etc., doivent, avant toute forme d'exécution, obtenir l'autorisation expresse de leurs auteurs. Cependant, une forme d'exploitation de l'œuvre musicale est parfois prisee dans le contexte africain, au mépris des droits des « auteurs » : il s'agit des exécutions publiques dites, en « Play back ». Ce phénomène combattu ailleurs, est pourtant admis ou plutôt toléré dans nos contrées. Véritable atteinte aux droits des producteurs de phonogrammes, le « Play back » est bien traduit par un slogan de la Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes (SPDIIDAM)⁶ en ces termes : « Play back : de qui on se moque »?

Les organismes de gestion collective, mandataires des auteurs, sont chargés d'accorder les autorisations de représentations directes aux organisateurs de spectacles en contrepartie des redevances que ceux-ci sont tenus de payer. Mais, ces organismes devraient, quant au Play back, opérer un choix entre la perception des redevances de droit d'auteur et l'interdiction pure et simple de l'exécution publique constitutive d'atteinte aux droits des auteurs.

Cependant, certaines œuvres littéraires et artistiques ne s'exécutent pas publiquement. Elles empruntent une forme de représentation directe plutôt visuelle. Ce sont les œuvres picturales, sculpturales et celles indiquées à l'article 5 alinéa 8 et suivants de la loi du 22 décembre 1999⁷. Elles sont affichées dans les hôtels, aux abords des artères publiques ou trônent sur les espaces publics comme décor ornemental ou comme symbole national. Cette forme de représentation dite directe exige également, l'autorisation des auteurs et par conséquent le paiement de redevances au titre de leur exploitation soit par les hôtels, soit par les communes, ou par l'Etat. Les œuvres d'art graphique et plastique ont également une autre forme de représentation directe constituée des expositions dans les lieux publics ou privés ou encore dans les galeries d'art. Toutes ces formes d'exploitation des œuvres littéraires et artistiques sont soumises à l'autorisation préalable des auteurs et assujetties au paiement de redevances de droit d'auteur.

Qu'en est-il de la forme indirecte de représentation des œuvres littéraires et artistiques ?

Le droit de représentation indirecte

Communément appelée communication au public des œuvres protégées, la représentation indirecte est celle qui se sert des canaux de transmission pour rendre les œuvres protégées accessibles au public. Ces canaux sont entre autres, les ondes hertziennes, les satellites permettant la télédiffusion et aujourd'hui, l'Internet. En d'autres termes, la représentation indirecte est la forme de diffusion d'une œuvre par des moyens de communication autres que son exécution en live. A ce titre, l'œuvre n'est plus vécue en live, mais communiquée au public de façon audible et / ou visuelle et audible par l'intermédiaire d'un câble de transmission non visible. Il s'agit entre autres, de la radiodiffusion, de la communication etc.

Les autorisations accordées par les auteurs à travers leurs mandataires que sont les bureaux de gestion collective, sont matérialisées par des contrats dits généraux de représentation ou de communication au public d'œuvres protégées. Les contrats généraux

de représentation concernent les chaînes de radiodiffusion et de télévision et les contrats relatifs à la communication au public d'œuvres protégées concernent les hôtels, les night-clubs, les bars dancing, les restaurants de luxe, les espaces publics sonorisés, les activités des compagnies de téléphones mobiles etc. Le contrat général de représentation figure dans les pratiques de la plupart des bureaux de gestion collective en Afrique. Il soulève toutefois, des interrogations quant à sa nature juridique parce que, impliquant une administration de droit public. En d'autres termes, quelle est la nature juridique d'un contrat par lequel, l'administration publique procède à la vente de l'exploitation d'un bien immatériel ? En l'espèce, on peut affirmer que malgré l'usage de prérogatives de puissances publiques dont il est doté, le BBDA, se trouve dans une situation contractuelle de droit privé et tout différend venant à naître de celle-ci devra être porté devant le juge de droit commun. Mais dans la pratique, la réalité se révèle tout autre⁸.

Si, dans l'univers analogique le droit de représentation est celui par lequel l'auteur peut interdire ou autoriser la représentation directe ou la communication de son œuvre au public, dans l'environnement numérique, l'exercice de ce droit est discuté entre la légalité et l'illégalité des actes le sous tendant et qui ressemblerait plutôt, à des actes de piraterie car, se produisant sans autorisation des auteurs. En effet, sur la toile, en un clic de souris, une œuvre protégée s'affiche à l'écran de l'ordinateur de l'internaute. Cette forme de représentation indirecte de l'œuvre par cette technique informatique est-elle légale ou illégale? Comment l'internaute sollicite-t-il l'autorisation de l'auteur ?

- La légalité de l'acte de représentation sur la toile.

Le phénomène de la toile est apparu depuis ces dernières décennies, comme l'instrument le plus parfait de communication et de diffusion des œuvres de ce siècle naissant. Ce support communicationnel, contrairement au support analogique, n'est pas tangible. Il est dit numérique. Le numérique, socle intangible de transaction des œuvres entre les auteurs et le public, a créé une sorte de révolution dans les habitudes de consommation, à telle enseigne que le droit de la consommation, longtemps en léthargie dans le monde analogique de diffusion des œuvres, s'est réveillé, plus virulent au lendemain de la naissance de la toile. Cette vitrine, destinée aux créateurs d'œuvres littéraires et artistiques, à la différence des supports analogiques, a l'avantage non seulement de défier l'espace, mais encore de maîtriser le temps. Son fonctionnement fait le plus souvent intervenir trois personnes, à savoir le créateur de site Web, l'auteur des œuvres littéraires et artistiques et l'hébergeur du site, chacune assumant sa part de responsabilité.

Un site Web est une œuvre de création. Cette création est une forme d'enveloppe vitrée qui contiendrait d'autres œuvres appartenant à des auteurs différents. Ces œuvres, dont le contenu n'est visible qu'à la demande, reste la propriété entière de leurs auteurs. Elles ne sont visibles sur la vitrine que par leur titre qui s'affiche. A la demande de l'internaute, par un clic de souris de l'ordinateur sur un titre, son contenu se déroule et se présente sur la toile, permettant ainsi à ce demandeur de se l'approprier. Cette présentation de l'œuvre à l'internaute est constitutive d'acte de représentation, c'est-à-dire de communication au public d'une œuvre protégée, le public se définissant ici, comme l'ensemble des internautes dispersés à travers le monde.

L'acte de représentation est-il, en l'espèce, légal ? De quel droit l'internaute est-il autorisé à consulter une page Web ? A-t-il obtenu l'autorisation des auteurs ? Et de quel droit l'auteur d'un site Web répond-t-il à la demande des internautes en mettant à leur disposition des œuvres protégées ?

Si la communication de l'œuvre à l'internaute à sa demande, par un clic de souris, peut être défendue par le principe de l'exception de copie privée car, la consultation de l'œuvre n'est pas très souvent suivie de sa reproduction, la mise à disposition opérée par l'auteur du site web quant à elle, requiert souvent l'autorisation des auteurs des œuvres. C'est l'exemple des contrats d'édition numérique des œuvres musicales, suivant lesquels l'auteur autorise l'éditeur à mettre à la disposition du public à travers sa vitrine, ses œuvres musicales. Aussi, sans autorisation des auteurs, tout acte de mise à disposition du public des œuvres protégées par voie numérique est constitutive de piraterie pendant qu'en l'espèce, la demande de communication de l'internaute peut être couverte par l'exception de copie privée.

Peut-on à cet égard, invoquer l'illégalité de l'exercice du droit de communication au public, d'œuvres protégées qui se trouve par ailleurs, couverte par « l'exception de copie privée » ?

L'illicéité de l'acte de représentation sur la toile

Les droits exclusifs accordés par le législateur à l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique souffrent d'une seule entorse : l'exception de copie privée déduite des limitations aux droits des auteurs. Dans l'environnement analogique, tout comme à travers la toile, le droit de représentation fait partie des attributs séculiers du droit des auteurs. Si l'exercice de ce droit fait l'objet de contrat général de représentation ou de

communication au public d'œuvres protégées au Burkina Faso, les subtilités et autres travers du numérique semblent conférer au droit de représentation, une destination autre que la simple communication d'œuvres protégées.

En effet, la toile fonctionne selon le mécanisme de mise à disposition et de consultation de fichiers. Lorsque la consultation d'un fichier aboutit à la nécessité de sa reproduction par l'internaute, cette reproduction est souvent à l'abri de l'acte de piraterie, car pouvant bénéficier de l'exception de copie privée. Or, il ne peut y avoir d'acte de consultation tant qu'il n'y a pas d'acte de mise à disposition. La communication au public à travers la toile, de fichiers protégés par le droit d'auteur, précède toujours la reproduction des œuvres. Le téléchargement étant couvert par l'exception de copie privée, l'acte de représentation c'est-à-dire de mise à disposition y précédant, ne peut-il pas bénéficier des mêmes avantages ? La mise à disposition d'un fichier protégé par le droit d'auteur, est un acte qui s'analyse comme une opération de vente en ligne de fichiers s'adressant à tout public intéressé. Contrairement à la copie privée, uniquement destinée au copiste, la mise à disposition de fichiers est destinée à toute personne intéressée. Ce qui est répréhensible car, portant atteinte aux droits des auteurs des fichiers.

Toutefois, la mise à disposition ou la représentation d'un fichier sur la toile ne conduise pas forcément à la reproduction de l'œuvre. Il peut s'en tenir à sa simple lecture, ce qui est constitutif de « lecture continue » ou de « diffusion en Web » qualifiée encore de streaming. En effet, une épineuse question anime depuis, les débats sur l'avenir du droit d'auteur. Le streaming est-il légal ou illégal ? S'il est bien illégal, il est en revanche impuni parce impossible de repérer les internautes s'adonnant à la lecture continue de fichiers protégés. Avec l'adoption en France de la loi contre le téléchargement illégal dite loi HADOPI, nombre d'internautes ont modifié leurs habitudes de consommation de contenus illégaux, passant du téléchargement de pair-à-pair au streaming, surtout pour les films et séries télévisées. Le streaming est une technique souple qui permet de lire un fichier audio ou vidéo en direct, sans téléchargement. L'internaute se connecte directement à un site, et peut d'un simple clic, lancer la lecture d'un contenu, potentiellement protégé par le droit d'auteur. Se pose donc la cruciale question de l'encadrement juridique du streaming qui demeure pourtant, illégal pour certaines opinions et légal pour d'autres.

Le streaming : acte illégal

Le streaming est une technique qui permet, par un clic de souris de l'ordinateur sur le titre d'un fichier, de lire le contenu de ce dernier sans vouloir le télécharger. Le

téléchargement de fichiers protégés étant illégal, à moins d'être couvert par l'exception de copie privée, la nouvelle trouvaille des internautes est cette technique qui leur permet de lire ou de visionner sans autorisation un contenu protégé. C'est ainsi que les musiques, les films et autres séries sont lus ou visionnés par le public au grand détriment de leurs auteurs. La lecture du contenu d'une œuvre faisant partie des actes d'exploitation des œuvres, devrait en effet, requérir l'autorisation des auteurs. Cependant, deux visions défendent chacune la légalité et l'illégalité du streaming. La première, considérant le streaming comme « contrefaçon ou recel », donc illégal, renvoie ainsi à l'article L331-7⁹ du Code de propriété intellectuelle (CPI), et la seconde, évoquant un « droit de représentation », contenu à l'article L122-2¹⁰ CPI, l'estime légal.

Que dit alors, l'article L331-7 du CPI ?

Article L331-7 « Les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection définies à l'article L331-5 peuvent leur assigner pour objectif de limiter le nombre de copies... ».

L'illégalité du streaming ne serait-elle pas contraire au principe du droit à l'information du citoyen, droit constitutionnel défendu par tous les législateurs nationaux et internationaux ? Les diffuseurs des contenus protégés ne pourront-ils pas invoquer à l'instar des journalistes, le droit à l'information du public ?

A la lecture de la disposition française, on découvre que le code français assimile le streaming à un acte de reproduction pour lequel il instruit les titulaires de droit, recourant aux mesures techniques de protection (MTP), à assigner à ces mesures, la limitation du nombre de copies afin d'éviter les copies ou reproductions jugées « illégales ».

Le CPI qualifie donc le streaming d'acte de reproduction. A ce titre, le streaming serait bien illégal et considéré comme de la contrefaçon ou du recel, car nécessitant l'autorisation préalable des auteurs. En effet, le diffuseur ou le webmaster des sites de streaming, reproduit en réalité les œuvres protégées et permet en un seul clic de souris, leur représentation sur la toile de l'internaute qui serait quant à lui, le récepteur des œuvres. C'est pourquoi l'article L331-7 du CPI tente de limiter le nombre de copies. En revanche, pour lutter contre le streaming illégal de fichiers protégés, Me Eolas¹¹ « suggère de s'attaquer à la source à savoir les sites web diffuseurs ».

Le streaming acte légal

Cette position du streaming est défendue par l'article L122-2 du CPI qui l'associe aux actes de représentation en stipulant que : « La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment par télédiffusion »¹².

La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

En effet, le droit de représentation se traduit en représentation directe (exécution publique) et en représentation indirecte (communication au public d'œuvres protégées). La fibre optique pouvant être considérée comme un support de communication encore appelée télécommunication, de sons, d'images et de documents, est une forme de télédiffusion. Sous l'angle de la communication au public d'œuvres protégées, le streaming serait bel et bien un acte légal. Certes, la reproduction des œuvres protégées succède à l'acte de communication qui consiste à afficher les contenus à l'attention de l'internaute. A l'instar du « upload » qui est l'émission, c'est-à-dire la mise à disposition de fichiers protégés à l'intention du récepteur qui en a fait la demande dans les réseaux de P2P, le streaming en acte de représentation ne serait-il pas également, un acte de mise à disposition, mais sous la forme de communication au public ?

Mais, le streaming consistant en la lecture continue d'un flux de données diffusées instantanément et concomitamment, a tendance à être considéré comme un acte de contrefaçon pour le diffuseur ou le webmaster sanctionné lourdement par les dispositions de l'article L335-1¹³ du CPI, et de recel pour le spectateur qui est l'internaute visionnant ou écoutant en streaming un contenu protégé. Cependant, l'internaute visionnant des contenus protégés, ne pose pas d'acte de contrefaçon ou de piraterie, mais plutôt de recel qualifié par l'article 321-1 du code pénal français comme : « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit »¹⁴.

En effet, L'internaute visionnant ou écoutant en streaming un contenu protégé n'est pas complice du délit de contrefaçon, car il n'en a pas *"facilité la préparation ou la consommation"*¹⁵ (Article 121-7, du code pénal français). Il n'est pas a fortiori, auteur de ce délit. En revanche, il pourrait être considéré comme receleur parce que, ayant détenu ou stocké des contenus protégés dans la mémoire de son ordinateur.

Mais, la jurisprudence française se trouve être partagée au sujet de l'application de la qualification de détention à ce type de stockage : si un arrêt de la Cour de Cassation¹⁶ relaxe un internaute ayant consulté un site diffusant un contenu à caractère illicite, un arrêt de la Cour d'appel¹⁷ le condamne en revanche. Bien entendu, si l'internaute enregistre sur son disque dur un tel contenu, la qualification de détention, et donc de recel est applicable¹⁸ Et lorsqu'il ne fait que visionner un contenu provenant d'un délit, le recel n'est-il pas également constitué ? Cet acte est certes passible de délit de recel¹⁹, mais, le commet-il en toute connaissance de cause ?

Il n'y a donc pas actuellement de solution claire relative à l'application de la qualification de détention à la consultation d'un contenu illicite en ligne, ou à sa lecture en streaming.

Le droit de représentation qu'il soit, dans sa forme directe ou indirecte, est une des prérogatives essentielles de l'auteur. Source principale de ses revenus, le droit de représentation constitue la prunelle des yeux de l'artiste. La protection de ce droit tant, dans l'environnement analogique que dans l'univers digital, a été d'une telle attention particulière pour le législateur burkinabè qu'il a érigé son atteinte en infraction pénale au mépris, des dispositions du droit civil gouvernant les rapports contractuels entre personne de droit privé. Une telle option n'est pas favorable à la répression de telles infractions qui, a priori, sont plutôt couvertes par le droit des contrats.

Dans l'attente de revoir cette vision législative aux fins d'inclure la répression de l'atteinte au droit de représentation dans le moule du droit civiliste, le droit de représentation constituera toujours l'expression du talent artistique des auteurs. Il est donc légitime que son exercice soit jalousement protégé par la collectivité.

Notes

1. Voir, loi des 13-19 janvier 1791, sur le droit de représentation, www.senat.fr/rap/l05-308/l05-3084.html
2. Cf. Loi n°032- 99-AN du 22 décembre 1999, portant protection de la propriété littéraire et artistique -www.bbda.bf
3. Idem
4. Cf. Art. L.122-2 CPI, 15ème éd, commenté.
5. Voir Art. L.122-2 al. 2, CPI, 15ème éd, commenté.
6. Cf. Société civile française de gestion des droits des artistes-interprètes.
7. Cf. Loi n°032- 99-AN du 22 décembre 1999, portant protection de la propriété littéraire et artistique -www.bbda.bf

8. Voir art. 99, loi n°032/99/An du 22 décembre 1999, portant protection de la propriété littéraire et artistique-source : www.bbda.bf
9. Voir Art. L.337-7, CPI, 15ème éd, commenté
10. Voir Art. L.122-2, CPI, 15ème éd, commenté
11. NouvelObs.com, lundi 27 juin 2011, 19:04:50, « Le streaming est-il illégal » ?
12. Cf. Art. L.122-2, CPI, 15ème éd, commenté
13. Cf. Art. L.335-1, CPI, 15ème éd, commenté
14. Voir. www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do.
15. NouvelObs.com, lundi 27 juin 2011, 19:04:50, « Le streaming est-il illégal » ?
16. Cour de cassation, ch. Crim, 5/01/2005, n°04-82524, affaire Jean Luc X)
17. CA, Paris, 24/03/2005, AJ Pénal 2006, p.39
18. Tribunal correctionnel du Mans, 16/02/1998, affaire Philipe H
19. Article 321-1 du Code pénal alinéa 2