

Die Schranken des Urheberrechts in Deutschland

Thomas HOEREN*

Welche Schranken sollten künftig in einer effizienten Urheberrechtsgesetzgebung enthalten sein? Diese Frage lässt sich schwerlich abschließend beantworten. Es ist schlichtweg unmöglich, den Umfang und die Begrenzungen einzelner Schranken definitiv zu bestimmen. Schranken sind nationales Recht. Die Schranken verkörpern vielfältige und auch nationalspezifische Interessen und sind daher für jeden Staat anders ausgestaltet. Es wäre allein schon aus diesem Grund eine Überforderung, in dem mir zur Verfügung stehenden Rahmen eine umfassende Sicht der Schrankenfrage zu präsentieren. Stattdessen möchte ich auf die hinter der Schrankenauslegung stehenden Denkmotive verweisen und diese problematisieren (I) und anschließend die wesentlichen Eckdaten des deutschen Schrankensystems skizzieren (II).

I. – Die Auslegung der Schranken

In der Tat zeigt ein deutsch-französischer Vergleich drei verschiedene Interpretationsweisen in Bezug auf die Schranken, die fundamental verschiedenen sind.

A. – Die Orthodoxie

Da ist zuerst die traditionelle Auffassung, die orthodoxe Auffassung¹. Wie ich bei der Tagung in München erfahren habe, ist diese Sichtweise in Frankreich sehr stark verbreitet. Aber auch in Deutschland finden sich noch zahlreiche Vertreter dieses Modells. Die Überlegungen der Orthodoxie nehmen ihren Ausgangspunkt bei der Redeweise vom geistigen Eigentum. Das Urheberrecht schützt primär die Interessen des Urhebers, sein geistiges Eigentum. Die Redeweise vom geistigen Eigentum ist insofern auffällig und gefährlich, als bereits zum Ende des 19. Jahrhunderts darauf hingewiesen worden ist, wie nebulös das Konzept des geistigen Eigentums ist. Das Urheberrecht besteht ja nicht nur aus eigentumsähnlichen Elementen, sondern auch aus starken persönlichkeitsrechtlichen Facetten. Die Parallele zwischen dem Eigentum an körperlichen Dingen und dem Eigentum an geistigen Inhalten verkennt im Übrigen die vielfältigen Verflechtungen und Interdependenzen, in denen das Urheberrecht in der Auseinandersetzung mit der Allgemeinheit steckt. Die

* Professor an der Universität Münster; Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht.

(1) *Pollaud-Dulian*, *Le droit d'auteur*, Paris, 2005, 47 f.; Vgl. *Desbois*, *Le droit d'auteur*, Paris, 1950, 348 f., 460 f.; *Schricker-Melichar*, *Urheberrecht*, 3. Aufl., München, 2006 (im Folgenden: *Schricker-Bearbeiter*) Vor §§ 44a ff.; *Wandtke/Bullinger-Lüft*, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 2. Aufl., München, 2006 (im Folgenden: *Wandtke/Bullinger-Bearbeiter*), §§ 44a ff.

Orthodoxie nimmt jedenfalls diesen axiomatischen Grundsatz ernst und erklärt aufgrund dessen jede Schranke zu einer bloßen Ausnahmeregelung gegenüber dem allgemeinen Grundsatz des Urheberrechtsschutzes. Schranken seien Ausnahmebestimmungen. Folglich seien sie nach allgemeiner Rechtsmethodik eng auszulegen. Jede Form einer extensiven Auslegung auch bei verändertem technischem oder sozialem Umfeld einer Schranke wird abgelehnt. Die Schranken seien auch abschließend im Urheberrechtsgesetz geregelt. Eine Erweiterung der Schranken, etwa durch die Rechtsprechung, wird abgelehnt. Für die Auslegung der Schranken sei noch zusätzlich an den Drei-Stufen-Test² zu denken. Der Drei-Stufen-Test hat in der Tat einen eigentümlichen Bedeutungswandel erfahren. War er in der revidierten Berner Übereinkunft³ noch ein völkerrechtlicher Grundsatz, verwandelte er sich in den Händen Brüssels zu einem Prinzip des sekundären Gemeinschaftsrechts, etwa wenn man an die „InfoSoc-Richtlinie“ denkt⁴. Die InfoSoc-Richtlinie ihrerseits hat dann aus dem Drei-Stufen-Test sogar eine Auslegungsregelung für das nationale Recht gemacht, die nunmehr die Gerichte zwingt, die Schranken nicht nur eng, sondern auch noch im Lichte des Drei-Stufen-Tests auszulegen. Wie dies angesichts der sehr weiten Formulierungen des Drei-Stufen-Tests gehen soll, lässt Brüssel offen. Für den orthodoxen Ansatz ist dann ferner wichtig, dass die Schranken nicht verfassungsrechtlich verankert sind. Ich erinnere mich immer noch mit welcher Verve unsere Kollegin *Jane Ginsburg* bei einer ALAI-Tagung⁵ in New York erklärte, dass die Privatkopierfreiheit keinerlei verfassungsrechtlichen Hintergrund habe. Die Privatkopierfreiheit sei nur eingeführt worden aus „mere pragmatism“. Ausfluss dieses Grundgedankens ist dann auch der Ansatz, dass die Schranken jederzeit beschränkbar seien und auch beliebig abgeschafft werden könnten. Ein einfacher Federstrich des Gesetzgebers sei nötig, um – ohne Rekurs auf verfassungsrechtliche Zwänge – z.B. die Privatkopierfreiheit aus dem Urheberrechtsgesetz zu verbannen. Und eine weitere Konsequenz dieses Denkansatzes liegt dann auch auf der Hand. Natürlich sind die Schranken vertraglich abdingbar. Ausnahmen werden nur bei wenigen klar konturierten Fällen zugelassen, die erstaunlicherweise sämtlich in Brüssel durch EU-Richtlinien vorgezeichnet worden sind. Dazu zählen z. B. die insofern zwingend anzusehenden Vorschriften zum Datenbankrecht, zur Nutzerfreiheit im Softwarebereich und zum Schutz gegen technische Maßnahmen⁶ (in Deutschland).

B. – Neue Trends in den USA

Diesem traditionellen Modell steht ein anderes Modell⁷ gegenüber, das insbesondere in den Vereinigten Staaten großen Zuspruch gefunden hat. Dabei ist der unterschiedliche Zugang zum Urheberrecht und seinen Zwecken in

(2) «Three step test», Art. 9-2 RBÜ, Art. 10 WCT, Art. 13 TRIPS.

(3) Art. 9-2.

(4) Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (2001/29/EG).

(5) Das Programm der Tagung ist unter http://www.alai-usa.org/2001_conference/0_entrance_en.htm zu finden oder bei *Ginsburg/Besek, Adjuncts and Alternatives to Copyright, Proceedings of the ALAI Congress, June 13-17, 2001 (ALAI-USA 2002)*.

(6) §§ 55a, 69a Abs. 2, 87^a, 95b Abs. 1 Satz 2 UrhG.

(7) Vgl. *Lessig, The Future of Ideas*, New York, 2002, 250 f.; *ders. Free Culture*, New York, 2004, 276 ff.; 287 ff.; *Barlow, The Economy of Ideas*, Wired Magazine 2.03., März 1994; *Grefte, Économie de la Propriété artistique*, Paris, 2005, 81 ff., 177 ff.

diesem Land zu beachten. Wie Art. 1, Sec. 8 der US-amerikanischen Verfassung von 1787 betont, dient das Urheberrecht dem Wohl der Gesellschaft. Dahinter steckt das Leitbild, dass am Anfang der Grundsatz der Informationsfreiheit steht. Schon historisch sei das Urheberrecht selbst ein Produkt der Neuzeit. Bis in das 18. Jahrhundert hinein seien Informationen als „common heritage of mankind“ angesehen gewesen. Das Urheberrecht sei insofern eine Ausnahmerecheinung. Daher seien nicht die Schranken, sondern der Urheberrechtsschutz selbst eng auszulegen. Jede Ausdehnung und Erweiterung des Schutzes durch das Urheberrecht bedürfe einer Rechtfertigung und sei nur in Ausnahmefällen zulässig. Die Schranken wiederum hätten die Aufgabe, der Gesellschaft die informationelle Freiheit zurückzugeben, die ihr im ursprünglichen Zustand zugestanden habe. Insofern seien die Schranken weit auszulegen. Das weite Modell des US-amerikanischen „fair use“⁸ zeigt, wie der Rechtsprechung die Aufgabe zugewiesen wird, die Zugangsinteressen der Allgemeinheit durch eine extensive Auslegung abzusichern. Die Schranken seien daher auch nicht abschließend zu verstehen und die Rechtsprechung könne durchaus die Schranken weitgehend über den Wortlaut hinaus erstrecken und neue Schranken „erfinden“. Die Schranken seien auch verfassungsrechtlich abgesichert, insbesondere vor dem Hintergrund der Informations- und Meinungsfreiheit. Die Schranken seien daher auch nicht jederzeit beschränkbar, geschweige denn abschaffbar. Schließlich sei es auch nicht zulässig, durch vertragliche Regelungen die Schranken zu unterlaufen. Erstaunlicherweise hat sich hier gerade das kleine Land Belgien in der Urheberrechtsszene profiliert, indem es alle Schranken zu zwingenden Bestimmungen gemacht hat⁹. Allerdings kann ich bis zum heutigen Tag nicht erkennen, warum gerade der belgische Gesetzgeber diesen radikalen Schritt gemacht hat.

C. – Eigene Ansätze

Zwischen den beiden Extremmodellen liegt der Mittelweg, das Balancemodell¹⁰. Im Balancemodell wird das Urheberrecht erst einmal allgemein und wertungsfrei als Immaterialgüterrecht verstanden. Es versucht, zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und der Bindung des Urheberrechts an die Interessen der Allgemeinheit hindurch zu lavieren. Keine der beiden Seiten, weder der Urheber noch der Nutzer, genießen in diesem Modell einseitig Priorität. Wie das Bundesverfassungsgericht in Deutschland immer wieder betont hat, bedarf es einer Balance zwischen dem Schutz des Urhebers und den verfassungsrechtlich gesicherten Interessen der Allgemeinheit. Bei dieser Balance bedarf es einer praktischen Konkordanz der Interessen. Gesetzgeber und Rechtsprechung sind aufgefordert, beide Schutzgüter zur möglichst optimalen Entfaltung zu bringen. Bei dieser Sichtweise bedarf es einer differenzierten Betrachtung der einzelnen Schranken. Nicht jede Schrankenbestimmung ist so verfassungsrechtlich abgesichert wie z.B. die Schranke der Zitatzfreiheit oder der Presseberichterstattung. Schranke ist hier nicht gleich Schranke und Urheber ist hier nicht gleich Urheber. Die einzelnen Schranken müssen strukturiert und wieder auf ihren verfassungsrechtlichen Kern hin

(8) Zum „fair use“ Modell, siehe *Williams*, 71 Wash. L. Rev. 255.

(9) Art. 21-23 belg. UrhG.

(10) BVerfG, GRUR 2001, 149 f.; BGH, WRP 2002, 1296 ff.; BGH, GRUR 1999, 707 ff.; OLG Hamburg, GRUR 2000, 146 ff.; *Pahud*, Zur Begrenzung des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA, 2000, 99 f., 134 ff.

rückbezogen werden. Auch muss zwischen den Urhebern und den Verwertern unterschieden werden. So häufig wird vom Urheber gesprochen und der Verwerter geschützt. In Deutschland geht jedenfalls die Tendenz seit einigen Jahren in Richtung auf das Balancemodell, wie an drei verschiedenen Entscheidungssträngen gezeigt werden kann. Genannt sei zunächst die legendäre Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Juni 2000 in Sachen *Germania III*¹¹. In dieser Entscheidung geht es nur vordergründig um den Streit zwischen Bertolt Brecht und dem Dramatiker Heiner Müller. Im Grunde aber geht es um die Grenzen des Zitatrechts. Das Bundesverfassungsgericht geht weit über diese Spezialthematik hinaus und führt aus: „Dabei ist grundlegend zu beachten, dass mit der Veröffentlichung ein Werk nicht mehr allein, seinem Inhaber zur Verfügung steht. Vielmehr tritt es bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum und kann damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmendem Faktor werden. Es löst sich mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit und wird geistiges und kulturelles Allgemeingut (...). Diese gesellschaftliche Einbindung der Kunst ist damit gleichzeitig Wirkungsvoraussetzung für sie und Ursache dafür, dass die Künstler im gewissen Maß Eingriffe in ihre Urheberrechte durch andere Künstler als Teil der sich mit dem Kunstwerk auseinandersetzenen Gesellschaft hinzunehmen haben. Zur Bestimmung des zulässigen Umfangs dieser Eingriffe dienen die Schrankenbestimmungen des Urheberrechts (§§ 45 ff. UrhG), die ihrerseits wieder im Lichte der Kunstfreiheit auszulegen sind und einen Ausgleich zwischen den verschiedenen – auch verfassungsrechtlich – geschützten Interessen schaffen müssen.“ Ein weiterer Argumentationsstrang findet sich in zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, einmal zu den Kopienversanddiensten und dann zu den Presse spiegeln. In den beiden Entscheidungen hat der BGH zugelassen, Schrankenbestimmungen ausnahmsweise extensiv auszulegen bzw. sogar analog anzuwenden. In der Entscheidung *Kopienversanddienste*¹² wurden unter Bezugnahme auf die Sozialbindung des Eigentums aus Art. 9 RBÜ und entsprechenden Regelungen des TRIPS – Übereinkommens eine neue Schranke konturiert. Gleichzeitig wurde hier die Möglichkeit für die Gestaltung einer solchen neuen Schranke beschrieben: „Der Schutz des Urhebers als geistiges Eigentum durch Art. 14 GG schließt zwar Schranken des Rechts aufgrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums nicht aus, verlangt aber auch, dass bei der inhaltlichen Auslegung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festgelegt werden, die eine der Natur der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (...). Die Beschränkungen des Nutzungsrechts im Hinblick auf das allgemeine Wohl müssen vom geregelten Sachbereich her geboten sein und dürfen nicht weitergehen als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient. Eine übermäßige, durch den sozialen Bezug des Urheberrechts nicht geforderte Einschränkung kann nicht mit Art. 14 Abs. 2 GG gerechtfertigt werden“. Noch deutlicher wird der BGH in der Entscheidung *elektronische Pressespiegel*¹³. Hier begrüßt es der BGH, dass das Berufungsgericht anerkannt hat, „dass ein im Rahmen der Schrankenregelungen der §§ 45 ff. UrhG verwendeter Begriff in Folge technischer Fortentwicklungen veralten kann“. Dem muss ggf. durch eine extensive Auslegung Rechnung getragen werden (...). „In jedem Fall sind

(11) GRUR 2001, 194 ff.

(12) GRUR 1999, 707.

(13) WRP 2002, 1296; GRUR 2002, 963.

neben den Interessen des Urhebers die durch die Schrankenbestimmung geschützten Interessen zu beachten und ihrem Gewicht entsprechend für die Auslegung der gesetzlichen Regelung heranzuziehen“. Insofern begründet hier der BGH ausdrücklich und erstmals eine sog. „ausnahmsweise extensive Auslegung einer Schrankenbestimmung“. Erstaunlicherweise nimmt er hier sogar einmal Bezug auf die Frage des Verhältnisses der Urheber zu den Verwertern. Er weist darauf hin, dass eine Schrankenbestimmung bei entsprechender Vergütung über eine Verwertungsgesellschaft den Urheber besser stellen könne als ein Verbotsrecht, das sehr schnell und ohne Schutz vor dem Verwerter vertraglich abgetreten werden kann. Als letzten Argumentationsstrang möchte ich auf die Entscheidung meines eigenen Senats, des Urheberrechtssenats beim Oberlandesgericht Düsseldorf, hinweisen. Dieser hat vor einigen Jahren einmal sehr ausführlich geprüft, inwieweit wesentliche Grundgedanken des Urheberrechts vertraglich abdingbar seien. Anders als noch früher der BGH in der heute wohl veralteten Entscheidung NDR-Honorarbedingungen¹⁴ hat unser Senat bekräftigt, dass zwar eine Abdingbarkeit bei individuellen Verträgen weitgehend zu bejahen ist. Im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien Schrankenbestimmungen aber nicht einfach dispositiv. Vielmehr flössen sie in vollem Umfang in die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ein, sodass Schrankenbestimmungen demnach AGB-fest sind.

Sie haben nunmehr eine Grundvorstellung von den drei Modellen bekommen, die aus meiner Sicht zumindest die deutsche Diskussion entscheidend beeinflussen. Ich weiß nicht, welches der drei Modelle tatsächlich derzeit in Frankreich vorherrscht. Ich habe bei meinen Recherchen zum französischen Recht neben der sehr starken traditionellen Auffassung auch Stimmen gefunden, die im Rahmen einer ökonomischen Analyse des Rechts im Sinne des zweiten Modells für eine Abschaffung des Urheberrechts plädieren. Zum dritten Modell finden sich ebenfalls Spuren, etwa bei *Huard* in seinem berühmten Buch „*Traité de la propriété intellectuelle*“ aus dem Jahre 1903¹⁵. Dort heißt es: „Le droit qu’a l’humanité, le droit qu’a la nation de vivre et de se développer s’oppose à certains égards à l’appropriation des œuvres de littérature et de l’art“. Meine eigene Position haben manche Leute mit der Position 2 umschrieben. Tatsächlich sehe ich mich aber im dritten Modell zu Hause. Die Frage für mich ist nur, ob das dritte Modell, das Balancemodell, wirklich die zukünftige Diskussion beherrschen wird. Dem stehen verschiedene Fakten entgegen. Zum einen sind die Modelle eins und zwei sehr solipsistisch auf sich bezogen und kämpfen mit Vehemenz gegen den anderen. Die Diskussion um Open Source und die „Softwarepatentierungs-Richtlinie“ zeigt, mit welcher Ernsthaftigkeit und manchmal auch fanatischer Energie die beiden Seiten aufeinander einschlagen. Hier ist kein Gespräch mehr möglich. Alles geht in einem Schwarz-Weiß-Szenario unter. Als zweites spielt Brüssel in der künftigen Entwicklung eine fatale Rolle. Die InfoSoc-Richtlinie zeigt, wie unreflektiert und bestechlich die Europäische Kommission das europäische Urheberrecht strukturiert hat. In der InfoSoc-Richtlinie wird undifferenziert von „exceptions“ gesprochen. Man vermisst im gesamten Text auch nur einen Hauch von urheberrechtlicher Dogmatik, Reflexion oder Systematik, was die Schranken angeht. Es steht zu befürchten, dass Bemühungen um eine wissenschaftliche Klärung der künftigen Urheberrechtsfragen in Brüssel niemals

(14) GRUR 1984, 45-52.

(15) *Huard*, *Traité de la propriété intellectuelle*, Band 1, Paris, 1903, 69, Rn. 41.

gehört werden; die Kommission lässt sich stattdessen lieber von der IFPI bedienen. Diese Tendenz zeigt sich schließlich bei Art. 6 Abs. 4 der InfoSoc-Richtlinie. Die dortigen Regelungen zur Absicherung der Schranken gegenüber übermächtigen DRM-Systemen sind so ineffizient, dass jede Diskussion über Schranken obsolet zu werden droht. Was bringt schon eine Diskussion über die künftige Ausgestaltung von Schranken, wenn die Ausnutzung dieser Schranken demnächst technisch unterminiert wird. Angesichts soviel Pessimismus und Altersbitterkeit bleibt nur ein einziger Hoffnungsschimmer: die vorliegende Tagung, der deutsch-französische Dialog unter Wissenschaftlern über dieses Thema und das „neue“ Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum. Schon *Gerhard Schricker* und *Adolf Dietz* haben früher mit ihren bahnbrechenden Studien über das Verhältnis zwischen Urhebern und Verwertern auf zentrale Missstände im Urheberrechtssystem hingewiesen¹⁶. Diesen Gedankengang haben nunmehr *Reto Hilty* und seine Mitstreiter aufgegriffen und radikalisiert¹⁷. Die profunden und gerade in ihrer Luzidität mutigen Worte von *Reto Hilty* verdienen breite Aufmerksamkeit – gerade auch in Frankreich. Insofern danke ich dem Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, dem Institut de propriété intellectuelle für die ehrenvolle Einladung und die wertvolle Initiative zu einem solch wichtigen Dialog.

II. – Die deutsche Schrankensystematik

Das deutsche Schrankensystem beruht auf verfassungsrechtlichen Vorüberlegungen. Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Urheberrecht¹⁸. Urheber und Leistungsschutzberechtigte können jedoch die ihnen zustehenden ausschließlichen Verwertungsrechte nicht unbeschränkt geltend machen. Eine solche Monopolstellung wäre mit den Vorgaben des Grundgesetzes unvereinbar. Zum Schutz der Presse-, Rundfunk- und Informationsfreiheit (Art. 5 GG) sieht das Urheberrecht in den §§ 45 – 63 UrhG eine Reihe von Schranken für die Ausübung dieser Rechte vor. Schranken können unterschiedlich gestaltet sein. In den USA wurde zum Beispiel eine große, weit formulierte Schranke des „fair use“ eingeführt (17 U.S.C. § 197), die anhand bestimmter Einzelumstände je nach Einzelfall angewendet wird und darüber hinaus vertraglich abdingbar ist.

Das deutsche Urheberrecht sieht hingegen einen enumerativen¹⁹ Katalog einzelner Schranken in unterschiedlich starken Ausprägungen vor. Der Eingriff in das Verbotrecht des Urhebers besteht in den Formen der zustimmungs- und vergütungsfreien Nutzung, der gesetzlichen Lizenzen, Zwangslizenzen und Verwertungsgesellschaftspflichten. Zwangslizenzen gewähren keine direkte Nutzungsbefugnis, sondern lediglich eine gerichtlich durchsetzbare Zustimmung des Urhebers zu der Nutzung zu einem angemessenen Preis. Das deutsche UrhG kennt lediglich eine einzige durch eine Zwangslizenz ausgestaltete Schranke (§ 42a), die in der Praxis als bedeutungslos angesehen wird. Verwertungsgesellschaftspflichten, also die Festlegung, dass ein bestimmter Anspruch nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann, finden sich dagegen sehr häufig, oft in

(16) *Schricker*, Bemerkungen zur Erschöpfung im Urheberrecht, in: Festschrift für Adolf Dietz, München, 2001, 447 ff.

(17) *Hilty*, ZUM 2003, 983 ff.

(18) BVerfGE 31, 229, 239; 77, 263, 270; 79, 1, 25.

(19) So ausdrücklich BGH, Urteil vom 20. März 2003, WRP 2003, 1235.

Kombination mit einer gesetzlichen Lizenz. Zum großen Teil wird mit letzteren operiert: Der Urheber kann in diesen Fällen die Nutzung seines Werkes nicht reglementieren (behält jedoch einen Vergütungsanspruch); vielmehr hat der Nutzer eine genau umrissene, gesetzliche Lizenz. Diese Schranken gelten nicht nur im Verhältnis zum Urheber, sondern auch für Lichtbildner (§ 72 Abs. 1 UrhG), ausübende Künstler (§ 84 UrhG), Tonträger- (§ 85 Abs. 3 UrhG) und Filmhersteller (§ 94 Abs. 4 UrhG). Im Folgenden werden die für den Bereich der neuen Medien relevanten Schrankenregelungen dargestellt.

Dabei gilt es zu beachten, dass das BMJ Ende September 2004 einen Referentenentwurf für die Reform der Schrankenregelungen veröffentlicht hat²⁰. Dem Entwurf gingen umfangreiche Anhörungen voraus. Das BMJ hatte im September 2003 die Arbeiten zur Novelle des Urheberrechts eröffnet. Von Herbst 2003 bis in den Juni 2004 tagten dann unter Leitung des BMJ elf Arbeitsgruppen über die geplanten Neuerungen. Im Rahmen der Diskussion rund um den sog. Zweiten Korb sollen zahlreiche Schranken, insbesondere auf dem Gebiet der Privatkopie, neu gefasst werden. Derzeit steht der Entwurf im Kreuzfeuer der Kritik; man wird abwarten, ob er parlamentarisch durchsetzbar ist.

A. – Ablauf der Schutzfrist

Das Urheberrecht erlischt nach Ablauf von 70 Jahren post mortem auctoris (§ 64 UrhG). Bei Werken, die von mehreren (Mit-) Urhebern geschaffen sind, berechnet sich die Frist nach dem Tode des Längstlebenden (§ 65 Abs. 1 UrhG). Bei Filmwerken kommt es auf den Tod des Hauptregisseurs, Drehbuchautors, Dialogautors und des Filmkomponisten an (§ 65 Abs. 2 UrhG). Hinzu kommen die Schutzfristen für die Leistungsschutzberechtigten, insbesondere die Tonträger- und Filmhersteller sowie die ausübenden Künstler. Deren Schutz endet regelmäßig 50 Jahre nachdem diese ihre geschützte Leistung erbracht haben.

B. – Erschöpfungsgrundsatz

Zu beachten ist ferner der Erschöpfungsgrundsatz (§ 17 Abs. 2 UrhG; für Software die Spezialregelung in § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG sowie für Datenbanken § 87b Abs. 2 UrhG)²¹. Stimmt der Urheber einer Veräußerung von Vervielfältigungsstücken zu, erschöpft sich daran sein Verbreitungsrecht (mit Ausnahme des Vermietrechts). Die Erschöpfung erstreckt sich nur auf die Verbreitung körperlicher Werkexemplare; eine zumindest entsprechende Anwendung des Grundsatzes auf bestimmte Online-Übertragungen wird von der h.M. für unmöglich erachtet²². Die Erschöpfung knüpft sich daran, dass Werkexemp-

(20) Zum Referentenentwurf des UrhG / Zweiter Korb und den damit zusammenhängenden Änderungen gibt es eine Synopse alt – neu unter http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/syn/Korb_2_RefE_Synopse_short_01.pdf

(21) Siehe hierzu *Baus*, Umgehung der Erschöpfungswirkung durch Zurückhaltung von Nutzungsrechten?, MMR 2002, 14; *Berger*, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB, AcP 2001, 412; *Knies*, Erschöpfung Online? – Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2002, 314; *Koehler*, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München, 1999.

(22) So auch Erwägungsgrund 29 der InfoSoc-Richtlinie mit folgender Begründung: „Unlike CD-ROM or CD-I, where the intellectual property is incorporated in a material medium, namely an item of goods, every on line service is in fact an act which should be subject to authorisation where the copyright or related right so provides.“ Die InfoSoc-Richtlinie wiederholt damit Überlegungen aus der Datenbankrichtlinie; siehe dort Erwägungsgrund 33. So auch *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 737. Anders allerdings *Knies*, GRUR Int. 2002, 314 ff.; *Köhler*, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München, 1999, 72.

lare mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden sind. Bietet z.B. ein Verlag ein Buch zum Verkauf an, verliert es an den Werkkopien sein Kontrollrecht hinsichtlich der Weiterverbreitung. Wer also ein solches Buch gekauft hat, darf es weiterverkaufen. Von der Erschöpfung umfasst sind auch Daten, die auf den Werkstücken enthalten sind (z.B. Marktdaten eines Marktforschungsunternehmens)²³. Gleiches gilt für den Weiterverkauf gebrauchter Standardsoftware, nach h.M. nicht jedoch bei Software, die man über das Internet downloaden konnte.

Von der Rechtsfolgenseite ist die Erschöpfung räumlich auf den Bereich der EU und des EWR beschränkt²⁴. Wer Kopien geschützter Werke in den USA kauft, darf diese nicht in der EU weiterverkaufen; eine internationale Erschöpfung wird von der h.M. abgelehnt.

Sachlich beschränkt sich die Erschöpfung nur auf die jeweilige Verbreitungsform. Sie erlaubt nicht die Verbreitung innerhalb eines neuen, eigenständigen Marktes, etwa von Buchclubausgaben eines Buches im Taschenbuchhandel²⁵.

C. – Öffentliche Reden (§ 48 UrhG)

Nach § 48 Abs. 1 Nr. 2 UrhG ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Reden zulässig, die bei öffentlichen Verhandlungen vor staatlichen, kommunalen oder kirchlichen Organen gehalten worden sind. Es ist daher möglich, ohne Zustimmung des Urhebers, Reden über das Internet zugänglich zu machen. Fraglich könnte allenfalls sein, ob sich die Ausnahmebestimmung nur auf den reinen Text der Rede oder auch auf weitere Umstände der Rede (Ton- und Bildmaterial) erstreckt. Für die Internetnutzung hat diese Schranke keine besondere Bedeutung.

D. – Zeitungsartikel (§ 49 UrhG)

Unter dem Gesichtspunkt des freien Informationszugangs regelt § 49 UrhG den uneingeschränkten Zugriff auf Beiträge vor allem aus der Tagespresse²⁶. Erst die Rechtsprechung hat aus dieser Bestimmung die sog. „Pressespiegelbestimmung“ gemacht²⁷. Interessant ist hier vor allem der Bereich der elektronischen Pressespiegel. Nach § 49 Abs. 1 UrhG ist die Vervielfältigung und Verbreitung einzelner Artikel aus Zeitungen in anderen „Zeitungen und Informationsblättern“ sowie deren öffentliche Wiedergabe zulässig, sofern die Artikel politische, wirtschaftliche oder religiöse Tagesfragen betreffen und nicht mit einem Vorbehalt der Rechte versehen sind.

(23) OLG München, Urteil vom 25. Oktober 2001, NJW-RR 2002, 401.

(24) Siehe dazu auch EuGHE 1971, 487 – Polydor.

(25) BGH, GRUR 1959, 200 – Heiligenhof.

(26) Siehe dazu *Beiner*, Der urheberrechtliche Schutz digitalisierter Presseartikel in unternehmenseigenen Datenbanken, MMR 1999, 691; *Berger*, Elektronische Pressespiegel und Informationsrichtlinie, CR 2004, 360; *Flehsig*, Elektronische Pressespiegel – ein Beitrag zur Reform künftiger Pressespiegel ausnahmen, in: *Festschrift für Melichar*, Tübingen, 1999; *Hoeren*, Pressespiegel und das Urheberrecht. Eine Besprechung des Urteils des BGH „Elektronischer Pressespiegel“, GRUR 2002, 1022; *Katzenberger*, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht des urheberrechtlichen Konventionsrechtes, GRUR Int. 2004, 739; *Lehmann/Katzenberger*, Elektronische Pressespiegel und Urheberrecht, Düsseldorf, 1999; *Niemann*, Pressespiegel de lege lata, CR 2002, 817; *ders.*, Pressespiegel de lege ferenda, CR 2003, 119; *Vogtmeier*, Elektronischer Pressespiegel im zweiten Korb, MMR 2004, 658; *Wallraff*, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage, AfP 2000, 23.

(27) Gegen die Anwendung von § 49 Abs. 1 auf Pressespiegel *Beiner*, MMR 1999, 691, 695.

1° Artikel

Unter „Artikel“ sind nur Sprachwerke zu verstehen, nicht jedoch Photographien oder Zeichnungen²⁸. Wenn ein Artikel neben dem Text auch Bildmaterial enthält, ist nur die Übernahme des Textes von § 49 Abs. 1 UrhG gedeckt. Es dürfte damit ausgeschlossen sein, (die regelmäßig bebilderten) Texte aus der Tagespresse in toto zu scannen und mit Berufung auf § 49 UrhG in eine Datenbank einzuspeisen. Erlaubt ist nur die Übernahme *einzelner* Artikel, nicht jedoch etwa die Übernahme des Textes einer gesamten Ausgabe. Auch dürfen nur Artikel verwendet werden, deren Inhalt politische, wirtschaftliche oder religiöse Tagesfragen betrifft. Beiträge mit schwerpunktmäßig wissenschaftlichem oder kulturellem Inhalt fallen nicht unter die Vorschrift²⁹. Außerdem muss der übernommene Artikel noch zum Zeitpunkt der Übernahme aktuell sein³⁰.

2° Zeitungen

Die Entnahme ist nur im Hinblick auf „Zeitungen und andere lediglich dem Tagesinteresse dienenden Informationsblätter“ zulässig. Zu dieser Gruppe zählen neben der Tagespresse auch periodisch erscheinende Informations- und Mitteilungsblätter³¹. Es stellt sich dabei die Frage, ob auch eine Online-Zeitung eine „Zeitung“ im Sinne von § 49 UrhG ist. Die Repräsentanten der Zeitungsverleger lehnen dies ab. Sie verweisen darauf, dass es sich bei § 49 UrhG um eine Ausnahmenvorschrift zu Lasten des Urhebers handele. Ausnahmenvorschriften seien eng auszulegen. Deshalb sei § 49 UrhG nur auf Printmedien als Ausgangsmaterial zu beziehen und spiele für den Online-Bereich keine Rolle. Diese Ansicht wird m.E. zu Recht von der Verwertungsgesellschaft „Wort“ zurückgewiesen. Nach deren Ansicht sei zwar § 49 UrhG als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen. Dies schließe jedoch nicht aus, dass für den Begriff der „Zeitung“ eine sinnvolle und sachgerechte Interpretation gefunden werde. Dabei könne es nicht darauf ankommen, auf welchem Trägermedium eine Publikation erscheine. Nach der typischen Definition der Zeitungswissenschaft umfasse Zeitung vielmehr jedes periodisch erscheinende Informationsmedium mit universellem und aktuellem Inhalt.³² Darauf zielte wohl auch die geplante Neuformulierung des § 49 im Referentenentwurf zum 5. Urheberrechtsänderungsgesetz ab, wonach Online-Medien in die Definition miteinbezogen wurden³³. Damit fallen auch Online-Zeitungen unter die Pressepiegel-Bestimmung.

(28) *Loewenheim*, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart, 1994, 73 m.w.N., in Fn. 327.

(29) Zu weit geht m.E. *Melichar*, wenn er es für § 49 genügen lässt, dass ein Artikel „auch“ den privilegierten Inhalt hat (*Schricker-Melichar* (Fn. 1), § 49 Rn. 7). Es kommt entscheidend auf die Schwerpunkte des Textes an.

(30) Zu weit geht m.E. *Loewenheim*, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart, 1994, 74, wenn er für die Aktualität auf den Zeitpunkt der Übergabe an die Benutzer (etwa einer Datenbank) abstellt. Die Übergabe ist als solche kein urheberrechtlich relevanter Akt; entscheidend ist der Zeitpunkt, in dem in die Verwertungsrechte des Urhebers eingegriffen worden ist.

(31) So jetzt ausdrücklich der BGH, Urteil vom 27. Januar 2005 – I ZR 19/02. Anders das OLG München in seinem Urteil vom 23. Dezember 1999, das Artikel aus Publikumszeitschriften von der Pressepiegelfreiheit ausnimmt.

(32) Siehe *Rehbinder*, UFITA 48 (1966), 102, 103 f.; vgl. auch *Melichar*, Die Begriffe „Zeitung“ und „Zeitschrift“ im Urheberrecht, ZUM 1988, 14.

(33) Entwurf vom 7. Juli 1998 (http://www.bmj.bund.de/misc/1998/urh__98.htm); der geänderte § 49 Abs. 1 spricht nunmehr von Zeitungen, Druckschriften und „anderen Datenträgern“.

3° Elektronische Pressespiegel

Strittig ist die Anwendbarkeit des § 49 UrhG auf elektronische Pressespiegel insbesondere im Online-Bereich.

Fraglich ist, ob im Fall der Erstellung einer „Pressespiegeldatenbank“, die beispielsweise in einem Großunternehmen oder in einer Verwaltung sinnvoll genutzt werden könnte, diese von § 49 Abs. 1 UrhG umfasst wäre. Nach § 49 Abs. 1 S. 1 UrhG ist, wie erläutert, nur die Verbreitung von Informationsblättern erlaubt, die dem Tagesinteresse dienen. Es erscheint aber nicht wahrscheinlich, dass elektronische Pressespiegel tatsächlich nur für einen Tag benutzt und dann vernichtet oder unabhängig von den jeweils anderen tagesaktuellen Pressespiegeln aufbewahrt werden. Vielmehr soll so eine Datenbank entstehen, die jederzeit – und das wesentlich komfortabler als traditionelle Pressespiegel, mit Suchfunktionen versehen – verfügbar wäre. Das Erfordernis der „Tagesinteressen“ wäre damit nicht mehr gegeben. Die Abgrenzung ist allerdings fließend³⁴.

Beim übernehmenden Medium muss es sich ebenfalls um Zeitungen bzw. Informationsblätter handeln. Abwegig erscheint die dazu teilweise vertretene Ansicht, dass auch der selektive Ausdruck von gescannten Zeitungsartikeln aus einer zentralen Datenbank heraus unter § 49 Abs. 1 UrhG falle³⁵. Der Benutzer einer Datenbank stellt sich nicht sein eigenes „Informationsblatt“ zusammen; der Verteilung von Kopien an Dritte fehlt die vorherige Zusammenfassung in einem zentralen Primärmedium. Wie Loewenheim zu Recht feststellt,³⁶ fehlt es bei solchen Informationsdatenbanken daran, dass der Betreiber selbst von sich aus und im eigenen Interesse informieren will.

Insgesamt ist die Rechtslage hinsichtlich der Anwendbarkeit der Bestimmung auch auf Pressespiegel in elektronischer Form jedoch unklar³⁷. Zuletzt im September 1999 wurde gegen die Zulässigkeit der Lizenzierung eines elektronischen Pressespiegels durch eine Verwertungsgesellschaft entschieden,³⁸ eine Privilegierung durch § 49 UrhG also abgelehnt und damit das Verbotswort der Urheber bejaht. Diese Entscheidung des LG Hamburg ist durch das OLG Hamburg bestätigt worden³⁹. Ähnlich sehen die Rechtslage das OLG Köln⁴⁰ und das LG Berlin⁴¹. Ähnlich restriktiv argumentiert das Appellationsgericht Bern für den Bereich der Pressebeobachtung⁴². Nach Auffassung des LG München ist es allerdings urheberrechtlich unproblematisch und von § 49 UrhG gedeckt, wenn jemand einen elektronischen Pressespiegel in der Form anbietet, dass eine Auflistung von zu Suchbegriffen gefundenen Artikeln dargeboten wird, die nur Fundstelle, Überschrift des Artikels, Namen der Zeitung als Quellenangabe, Ressort und den Satz des Artikels mit dem Suchbegriff enthalten⁴³.

Der BGH hat inzwischen zugunsten der Pressenutzer die Hamburger Entscheidungen aufgehoben und eine Anwendung des § 49 Abs. 1 UrhG auf

(34) Vgl. *Wallraf*, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage, AfP 2000, 23, 27.

(35) So *Eidenmüller*, Elektronische Pressespiegel, CR 1992, 321, 323.

(36) *Loewenheim*, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart, 1994, 76.

(37) Schon gegen die Anwendbarkeit auf traditionelle Pressespiegel *Wallraff*, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage, AfP 2000, 23, 26; *Beiner*, MMR 1999, 691, 695.

(38) LG Hamburg, Urteil vom 7. September 1999, AfP 1999, 389.

(39) OLG Hamburg, Urteil vom 6. April 2000, AfP 2000, 299, 300.

(40) OLG Köln, Urteil vom 30. Dezember 1999, MMR 2000, 365 m. Anm. *Will* = AfP 2000, 94 = GRUR 2000, 417.

(41) LG Berlin, Urteil vom 15. Mai 2001, AfP 2001, 339.

(42) Appellationsgericht Bericht, Urteil vom 21. Mai 2001, MMR 2002, 30 mit Anm. *Hilty*.

(43) LG München I, Urteil vom 1. März 2002, K & R 2002, 258 mit Anm. *Lührig* = CR 2002, 452.

elektronisch übermittelte Pressespiegel für möglich erachtet⁴⁴. Entscheidend sei, dass der Pressespiegel nach Funktion und Nutzungspotential noch im Wesentlichen dem herkömmlichen Pressespiegel entspricht. Dies setze voraus, dass der elektronisch übermittelte Pressespiegel nur betriebs- oder behördenintern und nur in einer Form zugänglich gemacht wird, die sich im Falle der Speicherung nicht zu einer Volltextrecherche eigne.

Einige Zeitungsverleger haben inzwischen die PMG Presse-Monitor Deutschland GmbH & Co. KG gegründet, die die Pressespiegelrechte der Verleger bündeln soll. Die PMG bietet elektronische Artikel und/oder Lizenzen von derzeit 410 Quellen aus 128 Verlagen für die Erstellung elektronischer Pressespiegel an. Streitig war allerdings lange Zeit, ob nicht diese Organisation ihrerseits als Verwertungsgesellschaft anzusehen ist, so dass für deren Tätigkeit eine Erlaubnis des DPMA eingeholt werden müsste⁴⁵. Das Problem hat sich faktisch dadurch entschärft, dass die Pressemonitor GmbH seit kurzem zusammen mit der VG Wort im Bereich der Pressespiegelvergütung tätig ist (s.u.). Die Auswirkungen der BGH-Entscheidung auf die Pressemonitor-Aktivitäten sind derzeit noch unklar. Ebenso zu klären ist, inwieweit die Rechtsprechung mit den Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie kompatibel ist, die ausdrücklich keine Schranke zugunsten elektronischer Pressespiegel enthält.

4° Vergütungsanspruch

Wichtig ist ferner der mit der Ausnahme, also der Zulässigkeit der Vervielfältigung und Verbreitung, verknüpfte Vergütungsanspruch. Nach § 49 Abs. 1 S. 2 UrhG ist für die Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe eine angemessene Vergütung zu zahlen. Diesen Anspruch kann der Rechteinhaber nur über eine Verwertungsgesellschaft geltend machen (§ 49 Abs. 1 S. 3 UrhG). Die Vergütungspflicht entfällt, wenn lediglich kurze Auszüge aus mehreren Kommentaren oder Artikeln in Form einer Übersicht verwendet werden (§ 49 Abs. 1 S. 2 UrhG a. E.). Es ist daher ohne Zustimmung der Urheber und ohne Verpflichtung zur Zahlung einer Vergütung zulässig, Presseauszüge etwa im Internet zu platzieren.

Die VG WORT nimmt für die Journalisten die Vergütungsansprüche für die elektronischen Pressespiegel wahr, die unter § 49 UrhG fallen. Dazu zählen – wie oben erläutert – Artikel aus Zeitungen mit aktuellem politischen Bezug, nicht jedoch z.B. Artikel aus Zeitschriften oder Beiträge über kulturelle, unterhaltende oder lokale Ereignisse sowie Texte, die keinen aktuellen Bezug haben. Die VG Wort hat ihrerseits mit der PMG Presse-Monitor Deutschland GmbH & Co. KG im September 2003 eine umfassende Zusammenarbeit für die Bereitstellung elektronischer Pressespiegel vereinbart. Danach wird künftig die PMG nicht nur die Artikel der mit ihr vertraglich verbundenen Verlage vermarkten, sondern auch solche elektronischen Pressespiegel, die unter die Einschränkungen des § 49 UrhG fallen. Die VG WORT wird im Gegenzug an den Erlösen der PMG aus dem Geschäft mit elektronischen Pressespiegeln beteiligt, so dass künftig auch die Journalisten, die bei der VG WORT gemeldet sind, von dieser Umlage profitieren werden.

(44) Urteil vom 11. Juli 2002, MMR 2002, 739 mit Anm. Hoeren und Waldenberger = CR 2002, 827 mit Bespr. Niemann S. 817 = RDV 2002, 306.

(45) Siehe zu den Rechtsauseinandersetzungen BayVGH, Beschluß vom 14. März 2002, AfP 2002, 173 (nicht rkr.) zu der Frage, ob und mit welchem Inhalt das DPMA über eine Untersagungsverfügung für Presse-Monitore Pressemitteilungen herausgeben darf.

5° Die Rechtslage nach der InfoSoc-Richtlinie

Die InfoSoc-Richtlinie enthält sehr restriktive Bestimmungen, was die scheinbar unlösbare Konstellation der elektronischen Pressespiegel angeht. Art. 5 Abs. 3 lit. c) der Richtlinie erlaubt Pressespiegel durch die „Presse“ selbst, d.h. die Erstellung von Presseauszügen für die Erstellung einer Pressechau. Nun eröffnet gerade ein kleiner, versteckter Hinweis im „Walter“⁴⁶ eine spannende Diskussion, die die Autoren allerdings nicht geführt haben. So existiert eine „Eventuelle Erklärung der Niederlande zu Artikel 5 Abs. 3 lit. c)“; hierin heißt es: „Unbeschadet des Artikel 5 Abs. 3 lit. c) bleibt es den Mitgliedstaaten vorbehalten, in ihrer Gesetzgebung die Begriffe „Presse“ und „gesendete Werke“ zu umschreiben.“ Nimmt man dies ernst, könnte man die Reichweite der Schrankenbestimmung extensiv auslegen. Geschützt wären dann nämlich Nutzungsvorgänge „by the press“, wobei national zu bestimmen ist, was „Presse“ ist. Dabei könnte es auch zulässig und geboten sein, sich vom herkömmlichen, papierbezogenen Pressebegriff zu lösen und kommerzielle Pressespiegelanbieter dank ihrer redaktionell-gestalterischen Tätigkeit auch als „Presse“ anzusehen.

E. – Zitierfreiheit (§ 51 UrhG)

Denkbar wäre auch eine Anwendung der in § 51 UrhG geregelten Grundsätze der Zitierfreiheit⁴⁷. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 51 UrhG die Meinungsfreiheit (art. 10 EMRK und Art. 5 Abs. 1 GG) schützt und daher eine Güterabwägung zwischen Urheberrecht und Meinungsfreiheit zu erfolgen hat, die nicht einseitig zugunsten des Urheberrechts gelöst werden darf⁴⁸.

Im Rahmen der Urheberrechtsnovellierung zum sog. Zweiten Korb war angedacht, das Zitatrecht insoweit weiter einzuschränken. Es soll nur dann gewährt werden, sofern die Nutzung anständigen Gepflogenheiten entspricht. In der Zwischenzeit hat man die Beschränkung auf anständige Gepflogenheiten gestrichen. Statt dessen erstreckt sich das Zitatrecht nunmehr ohne Differenzierung zwischen einzelnen Werkarten auf alle Nutzungen, bei denen das Zitat durch den besonderen Zweck geboten ist.

1° Zitierfreiheit für wissenschaftliche Werke

§ 51 Nr. 1 UrhG erlaubt die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe einzelner bereits erschienener Werke auch ohne Zustimmung des Urhebers, sofern diese in einem selbständigen wissenschaftlichen Werk zur Erläuterung des Inhalts und in einem durch diesen Zweck gebotenen Umfang aufgenommen werden.

a) Wissenschaft

Dabei ist der Begriff der wissenschaftlichen Werke weit zu ziehen; auch Filmwerke können hierunter fallen⁴⁹. Allerdings muss das Werk durch die

(46) *Walter* (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Wien, 2001, 1056, Fn. 71; Text ist bislang nur (ohne Quellenangabe) abgedruckt.

(47) Zur Zitierfreiheit: *Seydel*, Die Zitierfreiheit als Urheberrechtsschranke, Köln, 2002; *Poll*, „TV-Total“ – Alles Mattscheibe, oder was? Zum Verhältnis von freier Benutzung (§ 24 UrhG) und Zitatrecht (§ 51 UrhG) zu Art. 5 GG, ZUM 2004, 511; *Seifert*, Das Zitatrecht nach „Germania 3“, in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln, 2003, 195.

(48) Siehe dazu den spannenden Gerichtsstreit in Frankreich rund um die Ausstrahlung von Utrillo-Werken etwa *Cour d'Appel de Paris* vom 30. Mai 2001, GRUR Int. 2002, 329 mit Anm. *Geiger*. Ähnlich *öOGH*, Urteil vom 12. Juni 2001, GRUR Int. 2002, 341 sowie Urteil vom 12. September 2001, MR 2002, 30 mit Anm. *Walter*, zum Verhältnis von Art. 10 EMRK und UrhG.

(49) *Ekrutt*, Urheberrechtliche Probleme beim Zitat von Filmen und Fernsehsendungen, Diss. Hamburg, 1973, 109; *Ulmer*, Zitate in Filmwerken, GRUR 1972, 323, 324.

ernsthafte, methodische Suche nach Erkenntnis gekennzeichnet sein⁵⁰. Die Entwickler multimedialer Produkte können das Zitierrecht für wissenschaftliche Zwecke z.B. im Fall von online nutzbarem Lehrmaterial für Studierende, Schüler oder sonstige Interessierte in Anspruch nehmen. Nicht anwendbar ist die Vorschrift jedoch bei der Verwendung von Material für Produkte, bei denen der Schwerpunkt auf dem Unterhaltungswert liegt⁵¹, so zum Beispiel bei einer Website zur Geschichte der Beatles.

b) Umfang des Zitats

§ 51 Nr. 1 UrhG erlaubt die Übernahme „einzelner Werke“. Damit ist zu Gunsten der Verbreitung wissenschaftlicher Informationen auf der einen Seite eine sehr weitgehende, extensive Verwendung fremder Quellen legitimiert: Der Zitierende kann auf ganze Werke zurückgreifen, sofern dies zur Untermauerung einer eigenen Aussage erforderlich ist (sog. Großzitat). Auf der anderen Seite ist das Zitatrecht jedoch auf „einzelne“ Quellen beschränkt. Diese Regelung wird bei Verwendung der Werke eines Urhebers sehr eng ausgelegt⁵². Der Zitierende soll nicht unter Berufung auf § 51 UrhG das gesamte Werkrepertoire eines Urhebers verwenden. Anders ist die Lage bei Zitaten in Bezug auf mehrere Urheber; hier neigt man zu einer großzügigeren Behandlung.

c) Zitatzweck

Entscheidend ist der Zitatzweck. Das zitierende Werk muss selbständig sein. Es reicht nicht aus, dass fremde Werke lediglich gesammelt werden; es muss eine eigene geistige Leistung auch im Verhältnis zur Auswahl der Zitate vorliegen⁵³. Die Zitate sind folglich nur zur Untermauerung einer eigenen Aussage zulässig. Steht das Zitat gegenüber der eigenen Aussage im Vordergrund, scheidet eine Zulässigkeit nach § 51 Nr. 1 UrhG aus. Ein zulässiges Zitat liegt weiterhin nur vor, wenn eine innere Verbindung zwischen zitierendem und zitiertem Werk besteht⁵⁴. Das Zitat darf nur als Beleg und Hilfsmittel fungieren und muss gegenüber dem Hauptwerk zurücktreten⁵⁵. Geht es hingegen darum, dass der Zitierende auf eigene Ausführungen zu Gunsten des Zitats verzichten will, kann er sich nicht auf § 51 UrhG stützen⁵⁶. Es kommt darauf an, zu welchem Zweck fremde Werke in das Produkt integriert werden. Bedenklich erscheint vor allem die Übernahme ganzer Werke, ohne eigene Auseinandersetzung mit deren Inhalt. Umgekehrt wäre die Verwendung von Musik- oder Filmsequenzen in einem multimedialen Lexikon über § 51 UrhG durchaus legitimierbar.

d) Quellenangabe

Allerdings setzt § 51 UrhG auch voraus, dass in jedem Fall einer Vervielfältigung des Werkes oder eines Werkteiles die Quelle deutlich angegeben wird

(50) Siehe LG Berlin, Schulze LGZ 125, 5; LG Berlin, GRUR 1978, 108 – Terroristenbild; Schrickler/Schricker (Fn. 1), § 51 Rn. 31.

(51) Siehe KG, GRUR 1970, 616, 617 f.

(52) BGHZ 50, 147, 156 – Kandinsky I; LG München II, Schulze LGZ 84, 9; siehe auch Schrickler/Schricker (Fn. 1), § 51 Rn. 34.

(53) BGH, GRUR 1973, 216, 217 f. – Handbuch moderner Zitate; Schrickler/Schricker (Fn. 1), § 51 Rn. 22 und 34.

(54) BGHZ 28, 234, 240 – Verkehrskinderlied; BGHZ 50, 147, 155 f. – Kandinsky I; BGH, GRUR 1987, 362 – Filmzitat; Schrickler/Schricker (Fn. 1), § 51 Rn. 16 mit weit. Nachw.

(55) BGH, GRUR 1986, 59, 60 – Geistchristentum; BGH, GRUR 1987, 34, 35 – Liedtextwiedergabe I.

(56) KG, GRUR 1970, 616, 618 – Eintänzer.

(§ 63 Abs. 1 UrhG). Dies wird bei der Digitalisierung von Photographien oder dem Sampling einzelner Musikkomponenten kaum praktikierbar sein⁵⁷. Auch beim Zitat von im Internet verfügbaren Texten könnte das Quellenerfordernis problematisch sein, da ein Link als Quellenangabe – wegen der Flüchtigkeit dieses Verweises – im Regelfall nicht ausreichen wird⁵⁸. Links im eigenen Text als solche stellen keine Zitate dar und müssen daher auch nicht den Anforderungen genügen⁵⁹.

2° Kleinzitat, § 51 Nr. 2 UrhG

Gemäß § 51 Nr. 2 UrhG ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe zulässig, sofern Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angeführt werden. Über den Wortlaut hinaus wird die Regelung auch auf Filme⁶⁰ und sonstige Werksgattungen⁶¹ ausgedehnt. Erlaubt ist nur die Verwendung kleinerer Ausschnitte des Werkes. Allerdings müssen diese Ausschnitte für sich genommen schutzfähig sein. Kleine Pixel und Sounds⁶² sind zum Beispiel nicht schutzfähig und können daher stets frei verwendet werden. Schwierigkeiten bereiten Bildzitate. Bei Fotografien oder Werken der bildenden Kunst umfasst ein Zitat notwendigerweise das ganze Bild und nicht nur einen Ausschnitt; in solchen Fällen ist – je nach Zitatzweck – auch die Verwendung ganzer Werke zulässig⁶³. Zu beachten ist neben dem Zitatzweck insbesondere die Notwendigkeit der Quellenangabe.

3° Musikzitate, § 51 Nr. 3 UrhG

Nach § 51 Nr. 3 UrhG ist es zulässig, ohne Zustimmung des Rechteinhabers Teile eines erschienenen musikalischen Werkes in ein (selbständiges) Werk der Musik zu integrieren⁶⁴. Die Regelung dürfte im Multimediabereich keine große Bedeutung haben. Denn bei einer CD-ROM oder Internet-Anwendung handelt es sich nicht um Werke der Musik. Beide sind eher als Datenbank oder (teilweise) als filmähnliche Werke einzustufen.

F. – Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung § 52a UrhG

Eine Schrankenregelung zugunsten von Unterricht, Wissenschaft und Forschung sieht der 2003 eingeführte § 52a UrhG vor⁶⁵. Durch diese Regelung soll die Nutzung von Werken im Rahmen kleiner Forschungs- und Lehrintranets verbotsfrei und gegen eine Pauschalvergütung zulässig sein.

(57) Die Situation ist allerdings anders, wenn eines Tages der digitale „Fingerprint“ Realität wird. Siehe dazu Gass, *Digitale Wasserzeichen als urheberrechtlicher Schutz digitaler Werke?*, ZUM 1999, 815.

(58) Vgl. dazu Schulz, ZUM 1998, 221, 232.

(59) Koch, GRUR 1997, 417, 420.

(60) BGH, GRUR 1987, 362 – Filmzitat; LG München I, FuR 1983, 668.

(61) Schricker/Schricker (Fn. 1), § 51 Rn. 41. Vgl. zum Vorschlag für eine Novellierung des Zitatrechts Reupert, *Der Film im Urheberrecht*, Baden-Baden, 1995, 180 f.

(62) Vgl. dazu Schricker/Loewenheim (Fn. 1), § 2 Rn 122.

(63) BVerfG, NJW 2001, 598 = GRUR 2001, 149 – Germania 3; KG, UFITA 54 (1969), 296, 299; LG München I, Schulze LGZ 182, 5; Schricker/Schricker (Fn. 1), § 51 Rn. 45.

(64) Siehe dazu allg. Schricker/Melichar (Fn. 1), § 51 Rn. 49.

(65) Dazu: *Ensthaler*, Bundestag beschließt die Herausnahme wissenschaftlicher Sprachwerke aus dem Urheberrechtsgesetz, K&R 2003, 209; *Gounalakis*, Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Tübingen, 2003; *Sieber*, Urheberrechtlicher Reformbedarf im Bildungsbereich, MMR 2004, 715.

Diese Vorschrift erlaubt das zustimmungsfreie öffentliche Zugänglichmachen veröffentlichter kleiner Teile eines Werks, Werke geringen Umfangs sowie einzelner Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträge zur Veranschaulichung im Schul- und Hochschulunterricht für den bestimmt abgegrenzten Kreis der Unterrichtsteilnehmer (Abs. 1 Nr. 1) sowie für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung (Abs. 1 Nr. 2).

Dabei muss die Zugänglichmachung zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt sein. Nach § 52a Abs. 2 S. 2 fallen Filmwerke erst zwei Jahre nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern unter die Schranke. Nach § 52a Abs. 3 sind auch die mit der öffentlichen Zugänglichmachung im Zusammenhang stehenden Vervielfältigungen (z.B. Drucken, Speichern) von der Regelung umfasst. Für das öffentliche Zugänglichmachen und Vervielfältigen ist eine Vergütung an die jeweiligen Verwertungsgesellschaften zu entrichten (Abs. 4).

Während beim öffentlichen Zugänglichmachen zu Unterrichtszwecken der abgegrenzte Personenkreis durch die Unterrichtsteilnehmer hinreichend bestimmt ist, fragt sich, was unter einem „bestimmt abgegrenzten Personenkreis“ beim Zugänglichmachen für Forschungszwecke zu verstehen ist. Eine offene Forschergruppe mit häufig wechselnden Mitgliedern wird sicherlich nicht hierunter fallen. Die Mitglieder müssen sich dem Personenkreis vielmehr eindeutig zuordnen lassen, z.B. die Mitarbeiter eines Forschungsinstituts oder Mitglieder verschiedenster Einrichtungen, die in einem geschlossenen Forschungsteam zusammenarbeiten.

Zugunsten des Personenkreises erlaubt die Vorschrift z.B. das Einstellen von urheberrechtlich geschützten Materialien in ein Newsboard oder eine Mailingliste. Dabei sind immer Quelle und Name des Urhebers anzugeben (§ 63 Abs. 2 S. 2 UrhG). Vorsicht geboten ist allerdings beim Einstellen ganzer oder wesentlicher Teile einer Datenbanken i.S.d. §§ 87a ff. UrhG oder von Computerprogrammen (§§ 69a ff. UrhG). Diese Schutzgegenstände unterliegen eigenen, sehr engen Schrankenregelungen. § 52a UrhG findet auf sie keine Anwendung.

Weitere Probleme macht die Filmauswertung im Rahmen von Intranets. Zu Unterrichts- und Forschungszwecken wird meist weniger auf Spielfilme als auf Dokumentarfilme zurückgegriffen. Bei diesem Filmgenre fehlt es aber meist an der in § 52a Abs. 2 vorausgesetzten „üblichen regulären Auswertung im Filmtheatern“. Das Gesetz ist insofern einseitig auf den Spielfilm bezogen. Insofern käme eigentlich mangels Kinoauswertung eine Verwendung von Dokumentarfilmen im Rahmen von § 52a überhaupt nicht in Betracht. Denkbar ist hier allenfalls eine analoge Anwendung des § 52a Abs. 2 S. 2 auf die Fernsehauswertung oder die übliche Nutzung bei Filmfestivals; doch diese Auslegung geht über den (insoweit eng auszulegenden) Wortlaut der Vorschrift hinaus. Im Übrigen kann davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber die Besonderheiten des Dokumentarfilmmarktes nicht unbekannt waren, so dass es sich hierbei auch um eine bewusste Entscheidung zugunsten des Dokumentarfilms und gegen dessen Intranetverwendung handeln kann.

Für Probleme wird auch die traurige Botschaft sorgen, dass die Regelung bis Ende 2006 befristet ist. Eine solche Vorschrift mit Verfallsdatum ist ein gesetzgebungstechnisches Novum. Für Medienzentren an den Universitäten ist es nunmehr schwierig, die Schranke wirklich zu nutzen; denn der Aufbau

einer entsprechenden Intranetstruktur zieht sich doch naturgemäß über einige Jahre hin. Insofern könnte das „Geschenk an die Forschung und Lehre“ gerade dann obsolet werden, wenn es am dringendsten benötigt wird.

G. – Die Nutzung über Bibliotheksarbeitsplätze § 52b UrhG-E

Im Rahmen der Novellierung des UrhG beim sog. Zweiten Korb⁶⁶ ist angedacht, einen neuen § 52b in das Gesetz aufzunehmen. Dieser soll die Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken regeln. Zulässig soll es dann sein, veröffentlichte Werke aus Bibliotheksbeständen ausschließlich in den Räumen öffentlich zugänglicher Bibliotheken an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen. Es dürfen dann allerdings nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Bibliothek umfasst. Für die Zugänglichmachung wäre eine angemessene Vergütung an eine Verwertungsgesellschaft zu zahlen.

Dieser Regelungsvorschlag übernimmt Ideen aus der EU-InfoSocRichtlinie und transponiert diese in das deutsche Recht. Allerdings wird die Enge der Vorschrift von den Bibliotheken und den Wissenschaftsorganisationen kritisiert. In der Tat ist die Beschränkung auf die im Bestand der Bibliothek befindlichen Exemplare kontraproduktiv. Der Sinn und Zweck eines elektronischen Lesezugriffs wird konterkariert, wenn eine Bibliothek zahlenmäßig nur die tatsächlich in Papier vorhandenen Exemplaren zur Nutzung freigeben darf.

H. – Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch § 53 UrhG

Die „Magna charta“ der gesetzlichen Lizenzen findet sich in § 53 UrhG, der weitgehend Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch auch ohne Zustimmung der Rechteinhaber zulässt⁶⁷. Kompensatorisch erhält der Urheber für

(66) Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27. September 2004; <http://www.urheberrecht.org/>.

(67) Literatur zu § 53 UrhG: *Ahrens*, Napster, Gnutella, FreeNet & Co – die immaterialgüterrechtliche Beurteilung von Internet-Musiktauschbörsen, ZUM 2000, 1029; *Berger*, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, 257; *ders.*, Die Erstellung elektronischer Archive nach der Novellierung des deutschen Urheberrechts, info7, 153; *Däubler-Gmelin*, Private Vervielfältigung unter dem Vorzeichen digitaler Technik, ZUM 1999, 769; *Dreier* in: Schrickler, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, 139; *Frey*, Peer-to-Peer-File-Sharing, das Urheberrecht und die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern am Beispiel Napster Inc, ZUM 2001, 466; *Haupt*, Electronic Publishing – Rechtliche Rahmenbedingungen, München, 2002; *Heghmanns*, Musiktauschbörsen im Internet aus strafrechtlicher Sicht, MMR 2004, 14; *Hoeren*, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Münster, 2003; *Kreutzer*, Napster, Gnutella & Co: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda, GRUR 2001, 193; *Krüger*, Die digitale Privatkopie im "zweiten Korb", GRUR 2004, 204; *Leupold/Dernisch*, Bereithalten von Musikwerken zum Abruf in digitalen Netzen, ZUM 2000, 379; *Loewenheim*, Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch von urheberrechtsrechtswidrig hergestellten Werkstücken, in: Peter Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München, 2001, 415; *Malpricht*, Über die rechtlichen Probleme beim Kopieren von Musik-CDs und beim Download von MP3-Dateien aus dem Internet, NJW-CoR 2000, 233; *Mayer*, Die Privatkopie nach Umsetzung des Regierungsentwurfs zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, CR 2003, 274; *Mönkemöller*, Moderne Freibeuter unter uns? – Internet, MP3 und CD-R als GAU für die Musikbranche!, GRUR 2000, 664; *Jani*, Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG, ZUM 2003, 842; *Nordemann/Dustmann*, To Peer or not to Peer. Urheberrechtliche und datenschutzrechtliche Fragen der Bekämpfung der Internetpiraterie, CR 2004, 380; *Rehbinder/Lausen/Donhauser*, Die Einspeisung von Zeitungsartikeln in Online-Datenbanken der Zeitungsverlage, UFITA 2000/2, 395; *Pichlmaier*, Abschied von der Privatkopie?, CR 2003, 910; *Platz*, Der Aufbau und die Nutzung eines Online-Volltextsystems durch öffentliche Bibliotheken aus urheberrechtlicher

den mit § 53 UrhG verbundenen Rechtsverlust einen Anspruch auf Vergütung (§§ 54, 54a UrhG), der seit 1985 hauptsächlich auf einen Anteil an der sog. Geräte- und Leerkassettenabgabe gerichtet ist⁶⁸.

Nach Umsetzung der Datenbankrichtlinie in deutsches Recht (art. 7 IuKDG) gibt es für Datenbanken und Datenbankwerke abweichende Schrankenbestimmungen. Nach dem neu eingefügten § 53 Abs. 5 UrhG ist die Vervielfältigung aus elektronisch zugänglichen Datenbanken zum privaten Gebrauch (§ 53 Abs. 1 UrhG) nicht mehr zulässig. Auch die Aufnahme in ein eigenes Archiv (§ 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG), die Vervielfältigung zur Unterrichtung über Tagesfragen (§ 53 Abs. 2 Nr. 3 UrhG) und die Vervielfältigung aus Zeitschriften oder vergriffenen Werken (§ 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG) sind im Hinblick auf elektronisch zugängliche Datenbanken entfallen. Die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch gem. § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG ist nur noch von der Schranke gedeckt, wenn keine kommerziellen Zwecke verfolgt werden. Eine ähnliche Bestimmung findet sich für die nicht-kreativen Datenbanken in § 87c UrhG, der die auf Datenbanken anwendbaren Schranken abschließend regelt. Die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch (§ 87c Nr. 1 UrhG) ist nur ausgeschlossen, wenn die Datenbank elektronisch zugänglich ist. Der wissenschaftliche Gebrauch (§ 87c Nr. 2 UrhG) sowie die Benutzung zur Veranschaulichung des Unterrichts (§ 87c Nr. 3 UrhG) ohne Lizenzierung ist von Anfang an auf die für den Zweck gebotene Erstellung der Kopien ohne gewerbliche Zielsetzung beschränkt.

Im Übrigen haben sich die Grundstrukturen des § 53 UrhG aufgrund der letzten Novellierung des Gesetzes grundlegend verändert, wie im weiteren zu zeigen sein wird.

1° Privater Gebrauch

Nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG ist es zulässig, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes zum privaten Gebrauch herzustellen oder herstellen zu lassen. Bei der Übertragung von Werken auf Bild- und Tonträger sowie bei der Vervielfältigung von Werken der bildenden Künste ist die Herstellung durch andere aber nur zulässig, wenn sie unentgeltlich erfolgt (§ 53 Abs. 1 S. 2 UrhG). Tendenziell kann sich jedermann via File Transfer Protocol (FTP) und unter Berufung auf privaten Gebrauch fremdes Material laden und kopieren. Er kann sich auch von Bibliotheken und Dokumentationsstellen Material kopieren und via Internet zusenden lassen, vorausgesetzt, dass diese Herstellung von Kopien durch andere unentgeltlich geschieht. Anderes gilt jedoch für die Verwendung von Datenbankwerken und Datenbanken, da deren Vervielfältigung – selbst zum Laden in den Arbeitsspeicher und auch zum Privatgebrauch – erlaubnispflichtig ist⁶⁹. Im Übrigen findet eine Differenzierung nach der verwendeten Technik (analog oder digital) nicht statt; die Privatkopierfreiheit umfasst auch digitale Kopien.

Sicht, WRP 2001, 195; *Rath-Glawatz/Dietrich*, Die Verwertung urheberrechtlich geschützter Print-Artikel im Internet, AfP 2000, 217; *Rodriguez Ruiz*, After Napster: Cyberspace and the Future of Copyright, Cri 2003, 1; *Senftleben*, Privates digitales Kopieren im Spiegel des Dreistufentests, CR 2003, 914; *Spindler*, Urheberrecht und Tauschplattformen im Internet, JZ 2002, 60; *Weber/Bischof*, Napster, die Musikindustrie und der Musikvertrieb, sic 2001, 152; *Stickebrock*, Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter, GRUR 2004, 736; *Zahrt*, Der urheberrechtliche Schutz elektronischer Printmedien, Frankfurt/M., 1999 (Diss).

(68) Zur Vorgeschichte siehe *Kreile*, ZUM 1985, 609; *Melichar*, ZUM 1987, 51; *Nordemann*, GRUR 1985, 837.

(69) OLG Hamburg, Urteil vom 22. Februar 2001, ZUM 2001, 512 = MMR 2001, 533 = CR 2001, 704 mit Anm. *Dieselhorst*.

Nicht umfasst ist von § 53 Abs. 1 UrhG die Erstellung von Kopien zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken. Auch können nach herrschender Auffassung⁷⁰ nur natürliche Personen in den Genuss der Regelung kommen; damit scheidet eine Berufung auf diese Vorschrift für betriebsinterne Zwecke eines Unternehmens aus.

Streitig ist, inwieweit das Kopieren von Werken nur dann zulässig ist, wenn eine erlaubterweise hergestellte Vervielfältigung als Vorlage benutzt worden ist. Gerade im Zusammenhang mit „Napster“⁷¹ wurde zum Beispiel die Auffassung vertreten, dass dieses Kriterium nach dem Wortlaut des § 53 UrhG nicht vorausgesetzt sei⁷². § 53 Abs. 1 UrhG sah in seiner alten Fassung keinen Hinweis darauf vor, dass die Vorlage für die Kopie ihrerseits rechtmäßig erstellt sein müsste. Dieses Schweigen des Gesetzes wurde dahingehend interpretiert, dass die Nutzung von P2P-Diensten wie Kazaa zu privaten Kopierzwecken urheberrechtlich zulässig ist. Dies störte wiederum bei der letzten Novellierung des Gesetzes den Bundesrat, der in seiner Entschliessung⁷³ die Reichweite der Privatkopierfreiheit auf Kopien von legal hergestellten Vorlagen beschränken wollte. Dieser Vorschlag wurde aber im Vermittlungsausschuss abgelehnt. Erstaunlicherweise kam es dann in letzter Minute doch noch zu einer Änderung des § 53 Abs. 1 UrhG. So wurde kurzerhand in der Vorschrift verankert, dass die Privatkopierfreiheit ausnahmsweise nicht zum Tragen kommt, wenn zur Vervielfältigung „eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage“ verwendet wird. Der Begriff ist neu und unkonturiert. Es bleibt unklar, auf welche Rechtsordnung überhaupt hinsichtlich der Feststellung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit abzustellen ist. Im Übrigen ist dies ein Phyrhussieg der Musikindustrie. Denn vor der Novellierung konnte diese behaupten, dass die Privatkopierfreiheit eine rechtmäßige Vorlage voraussetze; jetzt ist dieser Einwand auf offensichtlich rechtswidrige Vorlagen beschränkt. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass Peer-to-Peer-Dienste nicht offensichtlich rechtswidrige Kanäle sind, sondern in vielfältiger Weise zu legalen Zwecken, etwa im Bereich der Wissenschaft, genutzt werden können.

Weiter wird die Möglichkeit der Herstellung von Vervielfältigungen durch Dritte beibehalten, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um reprografische oder ähnliche Vervielfältigungen handelt. Die vorgeschlagene Regelung gewährleistet damit auch weiterhin, dass ein Versand von Kopien möglich bleibt. Als unentgeltlich im Sinne dieser Vorschrift sollen Vervielfältigungen auch dann anzusehen sein, wenn sie z.B. durch Bibliotheken gefertigt werden, die Gebühren oder Entgelte für die Ausleihe erheben, soweit die Kostendeckung nicht überschritten wird.

Die Reichweite von § 53 Abs. 1 UrhG wird aber durch die Neueinfügung des § 95b konterkariert. Sofern der Rechteinhaber technische Schutzmaßnahmen verwendet, sind öffentliche Multiplikatoren (wie z.B. Schulen oder Universitäten) geschützt, private Nutzer aber nicht. Aus dem Fehlen von § 53 Abs. 1 in § 95b Abs. 1 lässt sich also schließen, dass der Rechteinhaber nur

(70) So am deutlichsten *Flehsig*, NJW 1985, 1991, 1994. Ähnlich auch *Schricker/Loewenheim* (Fn. 1), § 53 Rn. 11 m.w.N.

(71) Siehe dazu *A&M Records Inc v. Napster Inc*, 114 F. Supp. 2d 896 = GRUR Int. 200, 1066 sowie die Entscheidung des *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* vom 12. Februar 2001, GRUR Int. 2001, 355.

(72) So etwa *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl., Tübingen, 2005, Rn. 495a; *Mönkemöller*, GRUR 2000, 663, 667 f.; anderer Ansicht *Leupold/Demisch*, ZUM 2000, 379, 383 ff; *Loewenheim*, Festschrift Dietz, München, 2001, 415 ff.

(73) BT-DrS 15/1066 vom 27. Mai 2003, S. 2.

technische Sperrmechanismen einsetzen muss, um § 53 Abs. 1 UrhG zu umgehen. Dieser „Trick“ ist unerträglich. Dass das BMJ einer solchen Strategie rechtlichen Schutz gewähren will, ist ein Hofknicks vor der Musikindustrie, der ein gesetzgebungstechnisches Feigenblatt mit Halbherzigkeit kombiniert.

Es ist bedenklich, dass die Privatkopierfreiheit nicht in § 95b Abs. 1 genannt wird⁷⁴. Damit ist die Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG ein zahnloser Tiger. Die Industrie kann den Privaten das, was § 53 Abs. 1 UrhG gibt, durch den Einsatz technischer Schutzmechanismen wieder nehmen. Das BMJ rechtfertigt auch nicht, warum es die in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie bestehende Option zugunsten privater Nutzer nicht ausschöpft. Hier soll offensichtlich unter der Hand ein Geschenk für die Musikindustrie eingefügt werden, das aber an den verfassungsrechtlichen Vorgaben (Unverletzlichkeit der Wohnung; Informationsfreiheit) vorbei geht. Es besteht bislang auch keine Begründung des BMJ dafür, warum die in der Richtlinie genannte Option zugunsten privater Nutzer nicht genutzt werden sollte. Art. 6 IV der zugrunde liegenden InfoSoc-Richtlinie ist ein mühevoll errungener Kompromiss zugunsten privater Nutzer, der unbedingt einer Umsetzung bedarf. Dem können nicht die Vorbehalte der Musikindustrie gegen die Gefahr des Hacking und unkontrollierten CD-Brennens entgegengehalten werden. Es bleiben hinreichende technische Möglichkeiten, die Zahl der Privatkopien technisch zu beschränken; im Übrigen erhält die Musikindustrie über die Geräte- und Leerkassettenabgabe eine nicht unbeträchtliche Kompensation für ihre Ausfälle. Man könnte allenfalls darüber nachdenken, diese Kompensation noch zu erhöhen.

Die soeben genannte Schutzlücke kann auch nicht dadurch kompensiert werden, dass das Umgehen technischer Maßnahmen zum eigenen privaten Gebrauch strafrechtlich freigestellt wird (§ 108b Abs. 1). Denn zivilrechtliche Sanktionen bleiben bestehen und können für den Betroffenen unter Umständen sehr hart sein. Man fragt sich, worin eigentlich der Unrechtsgehalt des Umgehens zu privaten Zwecken besteht. Denn das Einfügen technischer Sperren ist in diesem Bereich das eigentliche Unrecht.

2° Eigener wissenschaftlicher Gebrauch

Das Urheberrecht legitimiert auch das freie Kopieren von Werken aus dem Internet für wissenschaftliche Zwecke. Nach § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG ist es zulässig, auch ohne Zustimmung des Rechteinhabers einzelne Kopien eines Werkes zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch herzustellen oder herstellen zu lassen. Dabei ist der Begriff des „wissenschaftlichen Gebrauchs“ weit auszulegen. Darunter fällt das Kopieren via Online durch Wissenschaftler und Forschungsinstitute, Privatleute mit wissenschaftlichem Informationsbedürfnis, Studierende im Rahmen ihrer Ausbildung und Forschungseinrichtungen der Privatwirtschaft⁷⁵.

Eine Grenze ist dort zu ziehen, wo nahezu vollständige Kopien ganzer Bücher oder Zeitschriften ohne Zustimmung der Rechteinhaber angefertigt werden (§ 53 Abs. 4 S. 1 UrhG). Sofern die Schutzfristen für diese Werke nach deutschem Recht noch nicht abgelaufen sind, darf der Nutzer die Texte nicht zu wissenschaftlichen Zwecken aus dem Netz abrufen. Ferner legitimiert § 53

(74) So auch *Holzmagell/Brüggemann*, MMR 2003, 767 ff. Siehe auch *Hoeren*, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Münster, 2003.

(75) Dies ist allerdings streitig. Wie hier auch *Schricker/Loewenheim* (Fn. 1), § 53 Rn. 14; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin, 1980, § 65 III 1; einschränkend auf Hochschulen *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 9. Aufl., Stuttgart, 1998, § 53 Rn. 6. Zustimmend BGH, Urteil vom 20.2.1997, ZUM-RD 1997, 425 – Betreibervergütung für Privatunternehmen.

UrhG nicht die öffentliche Wiedergabe des Materials (§ 53 Abs. 6 S. 1 UrhG). Wer sich also zu Forschungszwecken Werke aus dem Internet lädt, darf dies nicht „posten“. Zu beachten ist allerdings die Möglichkeit zur Einspeisung in Intranets (§ 52a UrhG).

Im Rahmen der Novellierungsüberlegungen zum Zweiten Korb⁷⁶ ist angedacht, die Regelung noch weiter zu beschränken und die Wissenschaftsfreiheit auf Fälle zu beschränken, in denen weder unmittelbar noch mittelbar ein kommerzieller Zweck verfolgt wird. Damit wird eine Nutzung von Material im Rahmen von Drittmittelforschung unmöglich gemacht.

Bibliotheken und Wissenschaftler sind auch gegen technische Sperrmaßnahmen geschützt, die ihre Freiheiten und Rechte aus § 53 Abs. 2 UrhG schmälern. Fragwürdig ist allerdings die Pflicht der geschützten Verkehrskreise zur Durchsetzung des Anspruchs mittels Herausgabe- und Unterlassungsanspruch auf dem Wege der Klage (§ 95b Abs. 2 und 3). Ein solches Verfahren ist ein kosten- und zeitintensives Rechtsmittel, das die Arbeit etwa von Bibliotheken de facto trotz Rechtsanspruch behindert. Die Informationsbeschaffung an Hochschulen ist dadurch entscheidend gefährdet. Denn die Hochschulen tragen das Nichtbeschaffungs- und Verzögerungsrisiko. Im Falle der Insolvenz des Rechteinhabers entstünden erhebliche Probleme bei der Nutzung von CD-ROMs; die wissenschaftliche Forschung könnte dadurch sehr schnell lahm gelegt werden. Auch müssten z.B. die Bibliotheken das Risiko tragen, dass die notwendigen Informationen erst mit großer Verzögerung beschafft und CD-Rom-Datenbanken zeitweilig nicht genutzt werden könnten.

3° Aufnahme in ein eigenes Archiv

Nach § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG dürfen einzelne Vervielfältigungsstücke des Werkes zur Aufnahme in ein eigenes Archiv hergestellt werden, soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird. Diese Regelung dürfte für firmeninternes, elektronisches Dokumentenmanagement, nicht aber im Online-Sektor eine Rolle spielen. Zu einem anderen Ergebnis kommt man nur, wenn man auch öffentlich zugängliche Archive unter die Regelung subsumiert⁷⁷; denn dann rechtfertigt § 53 UrhG die Einrichtung großer Onlinedatenbanken mit Zugriff etwa auf hauseigenes Pressematerial. Die herrschende Meinung wertet jedoch die Regelung anders. Tatsächlich ist nach Sinn und Zweck lediglich ein Archiv nur zum haus- bzw. betriebsinternen Gebrauch gemeint⁷⁸, wobei elektronische Archive solange als zulässig angesehen werden, als die solcherart erfolgte Archivierung keine zusätzliche Verwertung des Werks darstellt⁷⁹. Hinsichtlich elektronischer Pressearchive (im Sinne eines Inhouse-Kommunikationssystems, das den Zugriff durch einen geschlossenen Nutzerkreis zulässt) hat der BGH⁸⁰ entschieden, dass auch, wenn die Nutzung auf Betriebsangehörige beschränkt werde, dies weit über das hinausgehe, was der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG privilegieren wollte. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Möglichkeiten zur Errichtung

(76) Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27. September 2004; <http://www.urheberrecht.org/>.

(77) So Nordemann, Festschrift für Hubmann, Frankfurt/M., 1985, 325, 326.

(78) So auch von Gamm, Urheberrechtsgesetz, München, 1968, § 54 Rn. 10; Schricker/Loewenheim (Fn. 1), § 53 Rn. 25; Katzenberger, GRUR 1973, 629, 636.

(79) Fromm/Nordemann (Fn. 75), § 53 Rn. 7, Schricker/Loewenheim (Fn. 1), § 53 Rn. 28.

(80) BGH, 10. Dezember 1998 – elektronische Pressearchive, MMR 1999, 409, m. Anm. Hoeren.

eines digitalen Archivs aufgrund der letzten UrhG-Novellierung stark eingeschränkt sind. Die Vorschrift erlaubt nunmehr nur noch die Vervielfältigung auf Papier, die ausschließlich analoge Nutzung des Archivmaterials oder die Nutzung digitalen Materials ohne einen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen Erwerbszweck. Firmeninterne, digitale Archive sind daher nicht mehr zustimmungsfrei erstell- und nutzbar.

4° Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträge

Nach § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG ist es zulässig, zum „sonstigen eigenen Gebrauch“ – ein besonderer Zweck ist also nicht erforderlich – einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen, soweit es sich um einzelne Beiträge aus Zeitungen und Zeitschriften handelt. Bezüglich anderer Werke privilegiert diese Bestimmung lediglich die Vervielfältigung kleiner Teile. Insgesamt dürfen die kopierten Beiträge nur einen kleinen Teil der Zeitung oder Zeitschrift ausmachen; die Regelung gilt nicht für die Übernahme wesentlicher Teile der ausgewählten Beiträge.

5° Kopienversanddienste

In jüngster Zeit wurde um die Zulässigkeit sog. Kopierdienste gerungen, die von größeren Bibliotheken und Unternehmen zu Gunsten der Kunden angeboten werden⁸¹. Der BGH hat in zwei Verfahren gegen kommerzielle Recherchedienste entschieden, dass das Angebot von Recherche und Erstellung aus einer Hand nicht von den Schranken des Urheberrechts gedeckt sei. Die Klagen richteten sich jeweils gegen die CB-Infobank, die angeboten hatte, aus ihrem umfangreichen Pressearchiv Rechercheaufträge zu erfüllen und Kopien gleich mit anzufertigen. Dabei berief sie sich in erster Linie auf § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG. Die Vorinstanzen hatten voneinander abweichende Urteile erlassen. Der BGH hat klargestellt, dass bei einem Recherche- und Kopierauftrag § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG nicht zur Anwendung komme, weil die Kopiertätigkeit der Informationsstelle nicht für den Auftraggeber, sondern in eigener Sache geschehe. Die Bank könne sich deshalb auf keine Privilegierung berufen. Der Kunde andererseits, der sich auf die Schranke hätte berufen können, habe weder kopiert noch kopieren lassen⁸².

Anders als bei kommerziellen Informationsdiensten ist die Rechtslage bei öffentlichen Bibliotheken und sonstigen für die Öffentlichkeit zugänglichen Einrichtungen. Dies gilt insbesondere, wenn auch Recherche- und Auswahlleistung – wie im nachfolgend skizzierten Fall – beim Besteller liegt. In einer spektakulären Grundsatzentscheidung⁸³ hat der BGH entschieden, dass solche Einrichtungen weder in das Vervielfältigungs- noch in das Verbreitungsrecht des Urhebers eingreifen, wenn sie auf eine Einzelbestellung hin, Vervielfälti-

(81) Diese Problematik ist auch der Hintergrund für das Gutachten, das *Loewenheim* im Auftrag der Zeitungsverleger-Verbände erstellt hat; siehe *ders.*, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart, 1994. Allgemein zu Kopienversanddiensten: *Baronikians*, Kopienversand durch Bibliotheken – rechtliche Beurteilung und Vorschläge zur Regelung, ZUM 1999, 126; *Heker*, Dokumentenversand durch Bibliotheken, in: Festschrift Melichar, Baden-Baden, 1999, 89; *Katzenberger*, Eine salomonische Entscheidung, aber kein Freibrief. Anmerkung zu BGH, Urteil v. 25.02.1999 – I ZR 118/96 – (Kopienversanddienst), AfP 1999, 335; *Loewenheim*, Kopienversand und kein Ende, in: Festschrift Tilmann, Köln, 2003, 63.

(82) BGH, WM 1997, 731 – CB-Infobank I und WM 1997, 738 – CB-Infobank II. Ähnlich auch LG Frankfurt, Urteil vom 25. Oktober 2001, AfP 2001, 526 = MMR 2002, 488 für elektronische Pressespiegel.

(83) Urteil vom 25. Februar 1999 – I ZR 118/96, K & R 1999, 413 – Kopienversanddienst. Gegen das Urteil haben beide Parteien Verfassungsbeschwerden eingelegt. Vgl. auch die (gegensätzlichen) Anmerkungen zu diesem Urteil von *Hoeren*, MMR 1999, 665 und *Loewenheim*, ZUM 1999, 574.

gungen einzelner Zeitschriftenbeiträge anfertigen und im Wege des Post- oder Faxversandes übermitteln. In einem solchen Fall sei dann aber in rechtsanaloger Anwendung von §§ 27 Abs. 2 und 3, 49 Abs. 1, 54a Abs. 2 und § 54h Abs. 1 UrhG ein Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung zuzuerkennen, der nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden könne. Die Anerkennung eines solchen Anspruchs sei angesichts der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung der letzten Jahre geboten, um den Anforderungen des Art. 9 RBÜ, der Art. 9 und 13 des TRIPs-Übereinkommens, der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG sowie dem urheberrechtlichen Beteiligungsgrundsatz Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund sei eine analoge Anwendung aller Regelungen im UrhG, in denen einem Rechteinhaber im Bereich der Schranken Vergütungsansprüche zugebilligt werden, geboten. Ausführlich nimmt der BGH bei dieser Argumentation auf die neuen Möglichkeiten des Internet und des Zugriffs auf Online-Datenbanken (im Sinne von Online-Katalogen und hinsichtlich der dadurch wesentlich erleichterten und erweiterten Recherchemethoden) Bezug. Offen bleibt allerdings, ob der BGH nur den Kopienversand per Post und Fax ausnehmen will oder ob die Entscheidungsgründe auch auf den Online-Versand (der nicht Gegenstand des Verfahrens war) übertragen werden können.

Nach Auffassung des OLG Köln unterfällt ein Internet-Suchdienst, durch den man Zeitungsartikel mittels Deep-Links auffinden kann, unter § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG⁸⁴. Der Nutzer verwende den Suchdienst nur zum eigenen Gebrauch; daran ändere auch die Beteiligung des Betreibers des Suchdienstes nichts.

Im Rahmen der Novellierungsüberlegungen zum Zweiten Korb⁸⁵ soll die Zulässigkeit von Kopienversanddiensten durch eine neue Vorschrift geregelt werden. Nach § 53a des Entwurfs soll die Versendung im Wege des Post- oder Faxversandes durch öffentliche Bibliotheken zulässig sein, sofern sich der Besteller auf einen durch § 53 privilegierten Zweck berufen kann. Die Vervielfältigung und Verbreitung in sonstiger elektronischer Form wird auf grafische Dateien beschränkt. Eine solche Versendung grafischer Dateien kommt aber nur in Betracht, wenn die Beiträge von Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung erworben werden können. Mit diesen Beschränkungen hat sich der Kopienversand von öffentlichen Bibliotheken weitgehend erledigt.

6° Ausnahmeregelungen für den Unterricht

Multimedia wird häufig im Ausbildungs- und Schulungsbereich eingesetzt. Insofern stellt sich die Frage nach der Reichweite von § 53 Abs. 3 UrhG. Diese Regelung erlaubt die Vervielfältigungen von kleinen Teilen eines Druckwerkes oder einzelnen Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträgen für den Schulunterricht und die Aus- und Weiterbildung in nichtgewerblichen Einrichtungen. Es wäre ein Missverständnis, wollte man unter Berufung auf diese Ausnahmenvorschrift Werke mittels eines schulübergreifenden Internetangebots zum Kopieren freigeben. Die Regelung bezieht sich nur auf Kopien in der „für eine Schulklasse erforderlichen Anzahl“. Im Übrigen sind Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Material nicht durch die Vorschrift gedeckt (§ 53 Abs. 3 S. 1 UrhG).

(84) Urteil vom 27. Oktober 2000, K&R 2001, 327 = NJW-RR 2001, 904.

(85) Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27. September 2004; <http://www.urheberrecht.org/>.

7° Rechtsfolge: Vergütungsanspruch

In den Fällen des § 53 Abs. 1 – 3 UrhG hat der Urheber einen Anspruch auf Vergütung gegen den Hersteller von Geräten, die zur Vornahme von Vervielfältigungen bestimmt sind. Dieser in § 54 UrhG geregelte Anspruch kommt neben dem Urheber auch dem ausübenden Künstler (§ 84 UrhG), dem Tonträgerhersteller (§ 85 Abs. 3 UrhG) und dem Filmhersteller (§ 94 Abs. 4 UrhG) zugute.

Allerdings ist dabei zwischen dem Vergütungsanspruch für Bild- und Tonaufzeichnungen (§ 54 UrhG) und jenem für reprographische Vervielfältigungen (§ 54a UrhG) zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist nicht nur theoretischer Natur; vielmehr wird die Vergütung jeweils unterschiedlich berechnet (vgl. die Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG).

a) Vergütung bei Bild- und Tonaufzeichnungen

§ 54 Abs. 1 UrhG gewährt einen Vergütungsanspruch bei der Aufnahme von Funksendungen auf Bild- und Tonträgern und der Übertragung von einem Bild- und Tonträger auf einen anderen. Diese Regelung ist im Zeitalter von MP3⁸⁶ und dem mittlerweile weit verbreiteten Gebrauch von CD-Brennern von wachsender Bedeutung. Eine Vergütungsregelung für CD-Brenner, MP3-Geräte oder Festplatten existiert aber weiterhin nicht⁸⁷. Jene für Leercds lehnt sich an die Vergütung für Leerkassetten an, was angesichts der enormen Qualitätsvorteile der digitalen Kopie nicht gerechtfertigt erscheint⁸⁸. Im Rahmen der Novellierungsüberlegungen zum Zweiten Korb⁸⁹ soll der Kreis der Geräte auf Speichermedien erweitert werden, deren Typ allein oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vornahme solcher Vervielfältigungen in nennenswertem Umfang benutzt wird.

b) Reprographische Vervielfältigungen

Neben dem Vergütungsanspruch nach § 54 Abs. 1 UrhG kann für Multimedia auch der Anspruch für reprographische Vervielfältigungen nach § 54a Abs. 1 UrhG von Bedeutung sein. Dieser Anspruch kommt bei Werkarten zum Tragen, bei denen zu erwarten ist, dass sie durch Ablichtung oder in einem vergleichbaren Verfahren zum eigenen Gebrauch vervielfältigt werden.

Im digitalen Kontext stellt sich die Frage, ob die Digitalisierung analoger Informationen – etwa durch Scannen – als ein der Ablichtung vergleichbares Verfahren angesehen werden kann. Dabei soll jede Form der Vervielfältigung ausreichen, sofern am Ende des Verfahrens eine körperliche Festlegung erfolgt⁹⁰. Es kommt folglich darauf an, inwieweit die Digitalisierung zu einer körperlichen Fixierung – vergleichbar der Ablichtung – führt. Man wird dies an dieser Stelle bezweifeln können, sofern man auf das Laden in den Arbeitsspeicher abstellt. Die Digitalisierung bleibt jedoch nicht beim Laden stehen. Sie führt im Ergebnis dazu, dass fremde Leistungen auf Dauer auf der Festplatte eines Rechners oder auf einer CD festgehalten werden. Insoweit handelt es um ein der Ablichtung vergleichbares Verfahren.

Ferner setzt § 54a Abs. 1 UrhG voraus, dass die Geräte zur Vornahme von Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch „bestimmt“ sind. Erforderlich ist

(86) Vgl. dazu *Cichon*, K & R 1999, 547.

(87) Vgl. *Däubler-Gmelin*, ZUM 1999, 769, 771.

(88) *Cichon*, K & R 1999, 547, 552.

(89) Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27. September 2004; <http://www.urheberrecht.org/>.

(90) *Schricker/Loewenheim* (Fn. 1), § 54a Rn. 6.

hierzu, dass das Gerät zur Vornahme von Vervielfältigungen technisch geeignet und vorgesehen ist⁹¹. Zu den geeigneten Geräten zählen Scanner,⁹² Sampler und Telefaxgeräte⁹³. Streitig ist die Lage (noch) bei PCs, Modems und Festplatten; die Schiedsstelle des DPMA hat Anfang Februar 2003 eine Abgabepflicht für PCs jedenfalls bejaht⁹⁴. Nicht vergütungspflichtig sind ferner optische Speichermedien, da § 54a Abs. 1 UrhG nur Geräte umfasst, die zur Vornahme von Vervielfältigungen bestimmt sind⁹⁵.

Die Vergütungsansprüche können nach § 54h Abs. 1 UrhG nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Dabei ist für Ansprüche nach § 54 Abs. 1 UrhG die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) mit Sitz in München zuständig. Die Ansprüche nach § 54a Abs. 1 UrhG nimmt, soweit es um literarische Texte geht, die VG Wort wahr. Bei der Vervielfältigung von Werken der bildenden Kunst und Darstellungen wissenschaftlich-technischer Art ist hingegen die VG Bild-Kunst zur Geltendmachung von Vergütungsansprüchen berechtigt.

II. – Kartellrechtliche Zwangslizenzen

Denkbar wäre auch eine kartellrechtliche Erweiterung der Schranken in besonderen Einzelfällen⁹⁶. Ausgangspunkt ist Art. 82 EGV⁹⁷ und die dort verankerte Missbrauchskontrolle bei marktbeherrschenden Unternehmen.

Berühmt ist die hierzu ergangene Entscheidung des EuGH in Sachen *Magill*. Hier bejahte der EuGH die Möglichkeit, die Ausübung urheberrechtlicher Verwertungsrechte kartellrechtlich zu überprüfen. Im konkreten Fall hatten BBC und ITV dem kanadischen Verleger den Zugriff auf Listen verweigert, in denen das Fernsehprogramm der kommenden Wochen enthalten war. *Magill* brauchte die Listen, um eine Fernsehzeitschrift auf den Markt zu bringen. BBC und ITV beriefen sich auf ihr nach britischem Recht bestehendes Urheberrecht an den Programmlisten, obwohl sie selbst auf dem Markt für Programmzeitschriften nicht tätig waren. Dies sah der EuGH als möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung an⁹⁸. Allerdings beschränkte der EuGH eine solche Anwendung des Kartellrechts bei urheberrechtlichen Konstellationen auf „außergewöhnliche Umstände“.

Die genaue Auslegung der „außergewöhnlichen Umstände“ überließ der EuGH der Entscheidung im Fall „*Bronner*“⁹⁹. Die Lieferung solcher Informationen sei für die Herausgabe des Programmführers „unentbehrlich“ gewe-

(91) Siehe BGHZ 121, 215, 218 f. – Readerprinter. Nach früherem Recht reichte die technische Eignung aus; siehe BGH, GRUR 1981, 355, 357 – Videorecorder; GRUR 1982, 104, 105 – Tonfilmgeräte zu § 53 Abs. 5 S. 1 UrhG.

(92) BGH, Urteil vom 5. Juli 2001, WRP 2002, 219 – Scanner: OLG Hamburg, Urteil vom 3. Dezember 1998, CR 1999, 415.

(93) BGH, Urteil vom 28. Januar 1999 – I ZR 208/96, ZUM 1999, 649. Ähnlich bereits OLG Zweibrücken, CR 1997, 348; LG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 11202 = CR 1994, 224.

(94) <http://www.vgwort.de/patentamt.php>.

(95) Siehe zu den Überlegungen dieses Beitrags auch allgemein *Hoeren*, NJW 2001, 2229 ff.

(96) Allgemein dazu: *Bechtolsheim/Bechtolsheim*, Die Essential Facilities Doktrin und § 19 (4) Nr. 4 GWB, WRP 2002, 55; *Deselaers*, Die „Essential Facilities“-Doktrin im Lichte des *Magill*-Urteils des EuGH, EuZW 1995, 563; *Schwarze*, Der Schutz des geistigen Eigentums im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2002, 75.

(97) Zur Zwangslizenzierung nach § 24 PatG siehe das jüngste Urteil des BGH vom 13. Juli 2004 – KZR 40/02.

(98) EuGH, GRUR Int. 1995, 316 = EuGHE 1995, 743 Rn. 54 – 56. Siehe dazu *Deselaers*, EuZW 1995, 563 ff.; *Bechtold*, EuZW 1995, 345 ff.; *Götting*, JZ 1996, 307 ff.; *Pilny*, GRUR Int. 1995, 956 ff.

(99) EuGH, EuZW 1999, 86 = NJW 1999, 2259.

sen. Auch sei die Weigerung „nicht durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt“ gewesen. Schließlich sei sie geeignet, „jeglichen Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt auszuschließen. Insofern bedarf es dreier kumulativ zu prüfender Kriterien für die Annahme eines Kontrahierungszwanges: Die Weigerung zum Abschluss von Lizenzverträgen muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem betreffenden Markt auszuschalten. Die Weigerung ist nicht objektiv gerechtfertigt. Die verweigerte Leistung ist unentbehrlich, d.h. tatsächlich und potenziell unersetzbar; der Kontrahierungszwang ist hier nach ultima ratio gegenüber dem Aufbau eigener Informationsbeschaffungs- und Vertriebsstrukturen.

Neben dem Magill-Fall bietet auch das Verfahren in Sachen IMS Health¹⁰⁰ Anlass, über die Grenzen der Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse zum Ausbau der eigenen Stellung am Markt und vor allem zur Marktkontrolle nachzudenken. Am 3. Juli 2001 veröffentlichte die EU Kommission ihre Entscheidung, wonach IMS Health, der Weltmarktführer bei der Sammlung von Daten über den Absatz von Arzneimitteln, Lizenzen für seine Struktur „1860 Bausteine“ zu erteilen habe¹⁰¹. Diese Datenstruktur erlaubt es, das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in Absatzsegmente, so genannte Bausteine, zu unterteilen; dieser Standard hat sich zu einer landesweiten Norm für die deutsche Pharmaindustrie entwickelt. Die Kommission sah die Weigerung von IMS Health, Lizenzen zu erteilen für die Verwendung seiner urheberrechtlich geschützten Struktur als einen Prima-facie-Beweis für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung¹⁰². Die Kommission verpflichtete IMS Health, die Verwendung dieser Struktur gegenüber seinen Wettbewerbern zu nicht diskriminierenden und geschäftlich angemessenen Bedingungen zu gestatten. Aus Sicht der Kommission hinderte diese Weigerung von IMS Health neue Wettbewerber an einem Eintritt auf dem Markt für pharmazeutische Absatzdaten und ist überdies geeignet, den Konkurrenten von IMS Health schweren, irreparablen Schaden zuzufügen¹⁰³.

Nachdem IMS Health Rechtsmittel gegen diese Kommissionsentscheidung eingelegt hatte, entschied der Europäische Gerichtshof 1. Instanz am 26. Oktober 2001 im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu Gunsten von IMS Health und setzte den Vollzug der Kommissionsentscheidung bis zur Entscheidung in der Hauptsache aus¹⁰⁴. Das Gericht nahm die von der Kommission vorgenommene (und von IMS gerügte) extensive Interpretation der Voraussetzungen, welche in dem Magill-Urteil für einen Missbrauch marktbeherrschender Stellungen durch geistige Eigentumsrechte aufgestellt wurden, zum Anlass, einen Prima-facie-Nachweis für einstweiligen Rechtsschutz zu Gunsten von IMS Health zu bejahen¹⁰⁵.

In ihrer Entscheidung hatte die Kommission nämlich einen Missbrauch auch für die Fälle bejaht, in denen die Lizenzverweigerung „nur“ den Zugang

(100) Siehe dazu auch: *Immenga*, „Das EU Wettbewerbsrecht bedroht das Urheberrecht“ in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 09. Mai 2001, S. 29.

(101) Case COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health: Interim Measures; die Entscheidung beruht auf Art. 3 der Verordnung No. 17.

(102) Anders das OLG Frankfurt im Rahmen eines Verfahrens über urheberrechtliche Unterlassungsansprüche vom IMS Health, siehe dessen Urteil vom 19. Juni 2001, MMR 2002, 687; ähnlich LG Frankfurt, Urteil vom 16. November 2000 – 2/3 O 359/00.

(103) Kommissionsentscheidung COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health: Interim measures. Siehe auch Pressemitteilung „Kommission ordnet einstweilige Maßnahmen gegen IMS Health in Deutschland an“, 3. Juli 2001 – IP/01/941.

(104) Beschluss des Europäischen Gerichtshofs 1. Instanz vom 26. Oktober 2001, Case T-184/01 R.

(105) Beschluss des Europäischen Gerichtshofs 1. Instanz vom 26. Oktober 2001, Nr. 100-106.

der potentiellen Lizenznehmer zu denselben Märkten verhindert. Der EuGH hatte in Magill hingegen gefordert, dass ein Missbrauch marktbeherrschender Stellung durch die Ausübung eines geistigen Eigentumsrecht nur dann anzunehmen sei, wenn (1) die Lizenzverweigerung das Entstehen neuer Produkte oder Dienstleistungen, für die es (2) eine potentielle Nachfrage auf Sekundärmärkten gibt, verhindert und (3) der Lizenzgegenstand die faktisch einzige Quelle für das Ausgangsmaterial ist, welches für die Entwicklung des neues Produkts zwingend benötigt wird.

Der Gerichtshof 1. Instanz betont in seiner Entscheidung, dass die Rechtmäßigkeit der neuen Interpretation seitens der Kommission abschließend erst im Hauptsacheverfahren geklärt werden kann¹⁰⁶. Es bleibt daher abzuwarten, ob sich der Anwendungsbereich der Missbrauchsdoctrin des EuGH im Hinblick auf die Ausübung nationaler Immaterialgüter im Sinne der Kommissionsentscheidung erweitert oder ob die in Magill aufgestellten Voraussetzungen streng beibehalten werden. Inzwischen liegt auch das Urteil des EuGH vor¹⁰⁷. Hiernach stellt die Weigerung eines Unternehmens, das eine beherrschende Stellung wegen der Inhaberschaft an Immaterialgüterrechten innehat, einem anderen Unternehmen eine Lizenz zur Verwendung dieser Rechte zu erteilen, keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG dar. Eine Ausnahme gilt, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

Das Unternehmen, das um die Lizenz ersucht hat, beabsichtigt, auf dem Markt für die Lieferung der betreffenden Daten neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums nicht anbietet und für die eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht. Die Weigerung ist nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Die Weigerung ist geeignet, dem Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums den Markt für die Lieferung der Daten über den Absatz von Arzneimitteln in dem betreffenden Mitgliedstaat vorzubehalten, indem jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird.

III. – Fazit

Es zeigt sich, dass die Urheberrechtsdiskussion in Deutschland und Frankreich in Bezug auf die Schranken starke Ähnlichkeiten aufweist und vergleichbare Beschränkungen zugunsten des Allgemeininteresses kennt. Die Interpretation der Schranken ist jedoch durchaus unterschiedlich, in Frankreich eher konservativ-eng, in Deutschland immer mehr verfassungsrechtlich-abgewogen. Hier besteht noch Rückkoppelungsbedarf für weitere deutsch-französische Diskussionen.

(106) Beschluss des Europäischen Gerichtshofs 1. Instanz vom 26. Oktober 2001, Nr. 102.

(107) Urteil vom 29.4.2004 C-418/01 in der Sache IMS Health/NDC Health, GRUR 2004, 524.

Les limitations au droit d'auteur en droit allemand

Thomas HOEREN*

Quelles limitations et exceptions devrait comporter, à l'avenir, une législation efficace sur le droit d'auteur ? Je ne suis pas en mesure d'apporter une réponse exhaustive à cette question. Il est tout simplement impossible de définir de manière définitive l'étendue et les frontières de chacune des limitations et exceptions. Les limitations et exceptions ressortent du droit national. Elles incarnent des intérêts très divers et propres à chaque État et sont donc définies différemment selon les États. Il n'est par conséquent pas possible, ne serait-ce que pour cette raison, de faire un exposé complet sur ce sujet dans le cadre qui m'est imparti. J'ai donc choisi (I) de présenter les modèles théoriques qui sous-tendent l'interprétation des limitations et exceptions et d'en expliquer la problématique puis (II) d'exposer les principales caractéristiques du régime des limitations et exceptions en droit allemand.

I. – L'interprétation des limitations et exceptions

La comparaison du droit allemand et du droit français en matière d'interprétation des limitations permet de dégager trois modèles fondamentalement différents les uns des autres.

A. – Modèle de l'orthodoxie

Le premier modèle correspond à la conception traditionnelle, celle de l'orthodoxie¹. Cette conception est, d'après ce que j'ai appris lors de la rencontre de Munich, très répandue en France. Elle a encore également de nombreux défenseurs en Allemagne. C'est l'utilisation de l'expression « propriété intellectuelle » qui est à l'origine des réflexions sur lesquelles se fonde le modèle de l'orthodoxie. Cette formulation sous-entend en effet que le droit d'auteur protège en premier lieu les intérêts de l'auteur, sa propriété intellectuelle. Elle est étonnante et dangereuse dans la mesure où, dès la fin du XIX^e siècle on avait déjà souligné combien le concept de propriété intellectuelle était nébuleux. Le droit d'auteur se compose non seulement d'éléments ayant trait à la propriété mais comporte également des aspects se rattachant fortement au droit général de la personnalité. En faisant un parallèle entre la propriété d'ordre corporel et la propriété d'ordre incorporel, on sous-estime la complexité des liens et interactions entre le droit d'auteur et la collectivité.

* Professeur à l'Université de Münster.

(1) F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005, p. 47 sq. ; v. aussi H. Desbois, *Le droit d'auteur. Droit français, Convention de Berne révisée*, Paris, Dalloz, 1950, p. 348 sq., p. 460 sq. ; F. Melichar, in G. Schricker (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 3^e éd., 2006, p. 734 sq. ; S. Lüft, in A.-A. Wandtke/W. Bullinger, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 2^e éd. München, Beck, 2006, p. 503 sq.

Quoi qu'il en soit, le modèle de l'orthodoxie prend cet axiome au sérieux, et, partant, considère toute limitation comme une simple règle d'exception par rapport au principe général qu'est la protection par le droit d'auteur. Dès lors, les limitations étant des mesures d'exception, elles doivent faire l'objet d'une interprétation étroite, suivant la méthode juridique générale. Toute interprétation plus large est rejetée, même si le contexte social ou technique dans lequel s'inscrit une limitation a évolué. Par conséquent, toujours selon le modèle de l'orthodoxie, les limitations sont définitivement fixées par la loi sur le droit d'auteur, et aucune extension, par exemple par l'intermédiaire de la jurisprudence, n'est admise. De surcroît, pour les interpréter, il est nécessaire de recourir au « test des trois étapes »². Celui-ci a, en réalité, changé de signification de manière singulière : alors que dans la Convention de Berne révisée³, il était un principe de droit international, il s'est transformé, à Bruxelles, en un principe de droit communautaire secondaire. Il suffit, pour le comprendre, de se reporter à la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2001/29/CE), qui fait même de ce « test en trois étapes » une règle d'interprétation pour le juge national et oblige désormais les tribunaux non seulement à interpréter étroitement les limitations mais aussi à le faire à la lumière de ce test. Bruxelles ne se prononce toutefois pas sur la manière de procéder, ce test étant décrit de manière très évasive. En outre, pour les tenants de l'orthodoxie, il est important que les limitations ne soient pas ancrées dans le droit constitutionnel. À ce propos, je me souviens encore de la verve avec laquelle notre collègue Jane Ginsburg déclarait, lors d'un congrès organisé par l'ALAI à New York⁴, que la liberté de copier à titre privé ne reposait en aucune façon sur le droit constitutionnel. Selon elle, la liberté de copier a été introduite par « pur pragmatisme ». De cette idée fondamentale en découle une autre : celle selon laquelle il serait possible de restreindre les limitations à tout moment, voire de les supprimer à sa guise. Un simple trait de plume du législateur serait suffisant pour exclure de la loi sur le droit d'auteur, par exemple, la liberté de copier à titre privé sans avoir à tenir compte du droit constitutionnel. Cette conception a une autre conséquence évidente : elle permet de supprimer ou de modifier les limitations par la voie contractuelle. Seuls quelques cas définis très clairement qui – chose étonnante – ont tous été prévus à l'avance à Bruxelles dans le cadre de directives européennes, font exception à cette possibilité. En font parties par exemple, les dispositions concernant le droit des bases de données, qui doivent être considérées comme impératives –, la liberté de l'utilisateur dans le domaine des logiciels et la protection contre les mesures techniques (en Allemagne)⁵.

B. – Modèle dominant aux États-Unis

À ce modèle traditionnel s'oppose un autre, qui compte de nombreux adeptes, notamment aux États-Unis⁶. À cet égard, il convient de souligner que

(2) « Three-step-test » : art. 9(2) de la Convention de Berne, art. 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et art. 13 de l'accord ADPIC.

(3) Art. 9(2).

(4) Les actes du congrès peuvent être consultés à l'adresse : < http://www.alai-usa.org/2001__conference/0__entrance__fr.htm >. V. aussi J. Ginsburg/J. Besek, Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur, Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001 (ALAI-USA 2002).

(5) Art 55a, 69a (2), 87^e, 95b (2), phrase 2 de la loi sur le droit d'auteur.

(6) V. aussi L. Lessig, *The Future of Ideas*, New York, Random House, 2001, p. 250 sq. ; id., *Free Culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, New York, Penguin, 2004, p. 276 sq. ; p. 287 sq. ; J. P. Barlow, *The Economy of Ideas*, *Wired Magazine* 2.03, mars 1994 ; X. Greffe, *L'économie de la propriété artistique*, Paris, *Économica*, 2005, p. 81 sq. ; p. 177 sq.

les conditions d'accès au droit d'auteur et sa finalité sont différentes aux États-Unis. Selon l'article 1 section 8 de la Constitution des États-Unis de 1787, le droit d'auteur a vocation à promouvoir les intérêts de la société. Ce principe est à la base de la théorie de la liberté de l'information.

Le droit d'auteur lui-même semble être, ne serait-ce qu'historiquement, un produit des temps modernes. Ainsi, selon la conception américaine, jusqu'au XVIII^e siècle, les informations étaient considérées comme faisant partie du patrimoine de l'humanité. De ce point de vue, le droit d'auteur constitue donc une anomalie et, partant, ce ne sont pas les limitations, mais la protection conférée par le droit d'auteur qui doit être interprétée étroitement. Toute extension de la protection par le droit d'auteur n'est possible que si elle est justifiée et est limitée à des cas exceptionnels. Les limitations, en revanche, ont pour fonction de restituer à la société la liberté d'information qui lui est garantie à l'origine. Elles doivent donc faire l'objet d'une interprétation large. Selon le modèle libéral que constitue le *fair use*⁷ américain, il incombe à la jurisprudence de garantir à la collectivité, par une interprétation étendue, la liberté d'accès à l'information. Les limitations ne doivent donc pas être considérées comme définitivement fixées, la jurisprudence pouvant tout à fait les étendre bien au-delà de la lettre des textes et en « inventer » de nouvelles. Elles sont également garanties par le droit constitutionnel puisqu'elles ont notamment pour arrière-plan la liberté d'information et d'opinion. Ainsi, les limitations ne sont pas susceptibles d'être restreintes, encore moins d'être supprimées ou contournées par la voie contractuelle. Curieusement, c'est un petit pays comme la Belgique qui s'est imposé sur la scène du droit d'auteur en transformant toutes les limitations en dispositions impératives. Je ne m'explique toujours pas cette démarche radicale du législateur belge.

C. – Approche personnelle

Entre ces deux extrêmes, il existe un modèle intermédiaire : le modèle de la balance⁸.

Selon ce modèle, le droit d'auteur est tout d'abord considéré dans un sens général, sans jugement de valeur, comme un droit incorporel. Il tente de parvenir à un équilibre qui protège la propriété intellectuelle tout en tenant compte des rapports du droit d'auteur avec les intérêts de la collectivité. Selon ce modèle, aucune des deux parties en présence, que ce soit l'auteur ou l'utilisateur, ne dispose d'une priorité absolue par rapport à l'autre. Comme la Cour constitutionnelle fédérale allemande l'a toujours souligné, il est nécessaire de parvenir à un compromis équilibré entre la protection de l'auteur et les intérêts garantis à la collectivité par le droit constitutionnel. Pour cela, il est indispensable de parvenir à une « concordance pratique », en d'autres termes à une conciliation optimale des intérêts des deux parties. Le législateur et le juge ont le devoir de promouvoir le plus possible ces deux catégories d'intérêts. Cela passe nécessairement par un examen spécifique de chaque limitation et exception. Toutes les limitations ne sont pas garanties par le droit constitutionnel comme le sont, par exemple, la liberté de citation ou la liberté

(7) Sur le modèle du *fair use* : J. A. Williams, *Can Reverse Engineering of Software Ever Be Fair Use ? Application of Campbell's « Transformative Use » Concept* : *Washington Law Review* 1971, p. 255.

(8) BverfG (Cour constitutionnelle fédérale), 29 juin 2000 : GRUR 2001, p. 149 sq. ; BGH (Cour fédérale de justice), 11 juill. 2002 : WRP 2002, p. 1296 sq. ; BGH, 25 févr. 1999 : GRUR 1999 p. 707 sq. ; OLG (Cour d'appel) Hambourg, 29 juill. 1999 : GRUR 2000, p. 146 sq. ; E. Pahud, *Zur Begrenzung des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit* : UFITA 2000, p. 99, p. 134 sq.

de la presse. Il y a en effet « limitation et limitation » de même qu'il y a « auteur et auteur ». Chacune des limitations doit être structurée et ramenée à son essence constitutionnelle. Il faut également faire la différence entre les auteurs et les exploitants. Bien souvent, on parle des auteurs mais on protège ceux qui exploitent leurs œuvres.

Depuis quelques années, l'Allemagne tend à se tourner vers le modèle de la balance des intérêts. Trois décisions en apportent la preuve. La première est l'arrêt légendaire rendu par la Cour constitutionnelle fédérale le 29 juin 2000 dans l'affaire *Germania III*⁹. De prime abord, cette affaire est un simple différend entre Bertolt Brecht et le dramaturge Heiner Müller à propos des limites du droit de citation. Toutefois, la Cour constitutionnelle fédérale va bien au-delà de cette question en déclarant : « Il est fondamental de tenir compte du fait qu'une œuvre, une fois publiée, n'est plus à la seule disposition de son propriétaire. Au contraire, conformément à sa destination, elle entre dans l'espace social, devenant ainsi un élément indépendant qui marque de son empreinte l'identité culturelle et intellectuelle de l'époque. Au fil du temps, l'œuvre cesse d'être un bien privé pour devenir un bien culturel et intellectuel collectif [...]. Cette dimension sociale de l'art est à la fois la condition préalable de son succès et la raison pour laquelle les artistes doivent accepter, dans une certaine mesure, que d'autres artistes portent atteinte à leurs droits d'auteur en tant que membres de la société qui s'intéresse à l'œuvre d'art. Pour déterminer jusqu'à quel point il est possible d'autoriser ces atteintes, il convient de se reporter aux dispositions sur les limitations et exceptions au droit d'auteur (art. 45 *sq.* de la loi allemande sur le droit d'auteur), dispositions qui doivent elles-mêmes être interprétées à la lumière de la liberté de l'art et doivent permettre de parvenir à un compromis équilibré entre les différents intérêts garantis, y compris ceux garantis par le droit constitutionnel ». Une autre argumentation est avancée dans deux arrêts rendus par la Cour de justice fédérale, l'un sur les services d'envoi de copies, l'autre sur les revues de presse électroniques. Dans ces deux décisions, la Cour a autorisé, à titre exceptionnel, une interprétation étendue et même une application par analogie des limitations. Dans l'arrêt sur les services d'envoi de copies¹⁰, elle a, invoquant la finalité sociale de la propriété, défini une nouvelle limitation en s'appuyant sur l'article 9 de la Convention de Berne et les règles correspondantes de l'accord ADPIC. En l'espèce, la Cour a également décrit comment une nouvelle limitation pouvait être définie : « La protection de l'auteur, garantie en tant que propriété intellectuelle par l'article 14 de la Loi fondamentale, n'exclut certes pas la possibilité de limiter ce droit au nom de la dimension sociale de la propriété mais exige aussi que l'on fixe des critères adaptés pour l'interprétation du contenu du droit d'auteur, critères qui garantissent une exploitation conforme à la nature de la fonction sociale du droit [...]. Les limitations du droit d'exploitation appliquées au nom du bien de la collectivité doivent être indispensables pour le domaine concerné et ne doivent pas aller au-delà de la finalité de la protection conférée par la règle considérée. Une limitation excessive – non nécessaire pour que le droit d'auteur remplisse sa fonction sociale – ne saurait être justifiée par l'article 14 paragraphe 2 de la loi fondamentale ». La Cour fédérale de justice est encore plus précise dans son arrêt sur les revues de presse électroniques¹¹. Elle

(9) BVerfG, 29 juin 2000 : GRUR 2001, p. 194 *sq.*

(10) BGH, 25 févr. 1999 : GRUR 1999, p. 707.

(11) BGH, 11 juill. 2002 : WRP 2002, p. 1296 ; GRUR 2002, p. 963.

accueille favorablement le fait que la juridiction d'appel ait reconnu « qu'un concept cité dans les dispositions relatives aux limitations et exceptions (art. 45 *sq.* de la loi sur le droit d'auteur) puisse tomber en désuétude à la suite de développements techniques » et estime qu'il faut, le cas échéant, en tenir compte en se livrant à une interprétation large : « En tout cas, en dehors des intérêts de l'auteur, il faut aussi considérer les intérêts protégés par les dispositions relatives aux limitations et en tenir compte en fonction de leur importance pour interpréter ces dispositions. » Ainsi, pour la première fois, la Cour fédérale de justice énonce expressément ce qui constitue le fondement d'une « interprétation large, à titre exceptionnel, d'une limitation ». La Cour elle-même, va jusqu'à faire référence à la question du rapport entre les auteurs et les exploitants. Elle souligne en effet que, si l'auteur reçoit une rémunération équitable par l'intermédiaire d'une société de gestion, une limitation peut être plus avantageuse pour lui qu'un droit d'interdiction, ce dernier pouvant être très facilement cédé par contrat sans protection vis-à-vis de l'exploitant.

Pour conclure, j'aimerais évoquer une décision de la chambre dans laquelle je siège, en l'occurrence la chambre spécialisée en matière de droit d'auteur du Tribunal de grande instance de Düsseldorf. Il y a quelques années, la chambre a examiné la question de savoir dans quelle mesure certains concepts fondamentaux du droit d'auteur peuvent être modifiés ou supprimés par voie contractuelle. Contrairement à la Cour fédérale dans son arrêt, désormais obsolète, sur les conditions de rémunération¹², la chambre a conclu que de telles modifications dans le cadre de contrats individuels étaient certes possibles. Elle a cependant souligné que, dans le cadre des conditions générales de contrat, les limitations ne sont pas simplement supplétives et qu'au contraire, il y a lieu de procéder à un « contrôle de contenu », tel que prévu par l'article 307-2 n° 1 du Code civil allemand (BGB) de manière à s'assurer qu'elles sont présentes de façon irrévocable dans les conditions générales.

Vous avez pu vous faire une idée générale des trois modèles qui, d'après moi, influencent fortement le débat en Allemagne. En fait, je ne sais pas quel modèle prévaut en France actuellement. Au cours de mes recherches sur le droit français, j'ai constaté que, si certains défendent une conception très traditionnelle, d'autres plaident, au nom d'une analyse économique du droit au sens du second modèle, en faveur d'une suppression du droit d'auteur. J'ai également trouvé des allusions au troisième modèle, par exemple dans le célèbre « Traité de la propriété intellectuelle » de M. Huard, paru en 1903 : « Le droit qu'a l'humanité, le droit qu'a la nation de vivre et de se développer s'opposent à certains égards à l'appropriation des œuvres de littérature et de l'art »¹³. Certains ont affirmé que ma propre position se rapprochait du second modèle. En réalité, c'est dans le modèle de la balance des intérêts que je me reconnais le plus. La seule question qui me préoccupe, est de savoir s'il occupera vraiment à l'avenir une place prépondérante dans le débat. Plusieurs éléments s'y opposent. D'une part, le modèle de l'orthodoxie et celui du *fair use* ont un caractère exclusif et sont en contradiction l'un avec l'autre. Le débat sur l'*open source* et sur la directive européenne relative à la brevetabilité des logiciels, révèle la pugnacité et parfois le fanatisme avec lesquels les deux camps s'affrontent. Le débat devient manichéen et le dialogue n'est plus possible. D'autre part, Bruxelles va jouer un rôle décisif dans l'évolution future. La directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit

(12) BGH, 18 fevr. 1982 : GRUR 1984, p. 45-52.

(13) G. Huard, Traité de la propriété intellectuelle, t. 1, Marchal et Billard, Paris, 1903, n° 41, p. 69.

d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information montre à quel point la Commission européenne a structuré le droit d'auteur européen de façon irréfléchie et démagogique. La directive évoque les « exceptions » sans faire aucune distinction. Il est également permis de déplorer l'absence totale de dogmatisme, de réflexion et de théorisation sur le droit d'auteur en ce qui concerne ces exceptions. Il est à craindre que les efforts réalisés pour tenter de résoudre scientifiquement les questions qui se poseront à l'avenir en matière de droit d'auteur ne seront jamais perçus par la Commission, qui préfère se faire servir par la Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI). Cette tendance transparaît finalement dans l'article 6 paragraphe 4 de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Les dispositions qui s'y trouvent pour garantir l'application des limitations face à la montée en puissance des systèmes de gestion des droits numériques (DRM) sont tellement inefficaces que toute discussion sur les limitations risque de devenir obsolète. Il est en effet permis de s'interroger sur l'intérêt d'un débat portant sur la future définition des limitations, si leur application est techniquement compromise. Face à tant de pessimisme et d'amertume, il ne reste qu'une seule lueur d'espoir : cette rencontre, le dialogue franco-allemand entre spécialistes, et le « nouvel » Institut Max Planck. G. Schricker et A. Dietz avaient déjà, à travers leurs études révolutionnaires sur les rapports entre auteurs et exploitants, mis en évidence certains dysfonctionnements de fond dans le système du droit d'auteur. Ces idées ont été reprises et radicalisées par M.-R. Hilty et ceux qui se sont engagés avec lui. Les propos de M.-R. Hilty, à la fois profonds et courageux par leur lucidité, méritent beaucoup d'attention, en France aussi en particulier. C'est pourquoi, je remercie l'Institut Max Planck et l'Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle de m'avoir fait l'honneur de m'inviter et d'avoir pris l'initiative d'engager un dialogue d'une telle importance.

II. – Le régime des limitations et exceptions en droit allemand

Le régime allemand des limitations et exceptions est sous-tendu par le droit constitutionnel. L'article 14, paragraphe 1 de la Loi fondamentale allemande protège également le droit d'auteur¹⁴. Toutefois, les titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins ne peuvent pas faire valoir sans limitation les droits d'exploitation exclusive qui leur sont conférés. Si tel était le cas, il en résulterait une situation de monopole qui serait en contradiction avec les dispositions de la Loi fondamentale. Pour protéger la liberté de la presse, de la radio et de l'information (art. 5 de la Loi fondamentale), la loi allemande sur le droit d'auteur prévoit, dans ses articles 45 à 63, une série de limitations et exceptions à l'exercice de ces droits.

Les limitations à l'exercice du droit d'auteur peuvent revêtir différentes formes. Les États-Unis par exemple, ont, à travers le principe du *fair use* (USC, Titre 17 § 197) introduit une limitation importante, dont la formulation est très large. Appliqué sur le fondement de critères spécifiques selon les cas, il peut, de surcroît y être dérogé par contrat.

(14) BVerfG 7 juil. 1971, BVerfGE 31, p. 229, p. 239 ; BVerfG 4 nov. 1987, BVerfGE 77, p. 263, p. 270 ; BVerfG 11 oct. 1988, BVerfGE 79, p. 1, p. 25.

Au contraire, la législation allemande sur le droit d'auteur a établi un catalogue précis (*enumerativen Katalog*¹⁵) de limitations et exceptions. Le droit d'interdiction de l'auteur est limité par des possibilités d'utiliser son œuvre sans son autorisation ou sans rémunération, par les licences légales, les licences obligatoires et les dispositions concernant l'obligation de recourir à une société de gestion. Les licences obligatoires ne confèrent pas de droit d'usage direct : elles équivalent tout simplement à un consentement, ayant valeur légale, de l'auteur à ce que son œuvre soit utilisée en contrepartie d'une rémunération équitable. La loi allemande sur le droit d'auteur ne contient qu'une seule limitation revêtant la forme d'une licence obligatoire (art. 42a)¹⁶ mais elle a, dans la pratique, peu d'importance. Au contraire, les dispositions relatives à l'obligation de recourir à une société de gestion, en d'autres termes de passer par une société de gestion pour faire valoir un droit, sont très nombreuses et sont souvent associées à une licence légale. Dans la majorité des cas, cette licence légale est prévue : l'auteur ne peut alors pas exercer de contrôle sur l'utilisation de son œuvre (il a toutefois droit à une rémunération) alors que l'utilisateur a une licence légale, dont les limites sont définies précisément.

Ces limitations ne s'imposent pas seulement aux auteurs. Elles concernent également les photographes (art. 72 (1)), les artistes-interprètes (art. 84), les producteurs de phonogrammes (art. 85 (3)) et les producteurs de films (art. 94 (4)). Le développement qui suit présente les limitations et exceptions applicables aux nouvelles formes de communication.

À cet égard, il convient de noter que, fin septembre 2004, le ministère fédéral de la Justice a publié une proposition de réforme des limitations et exceptions¹⁷. Cette publication a été précédée par de nombreuses consultations. Le ministère a ouvert le chantier de la réforme du droit d'auteur fin septembre 2003 et, de l'automne 2003 à juin 2004, onze groupes de travail se sont réunis sous sa supervision pour étudier les amendements envisagés. Dans le cadre des discussions sur le deuxième volet de la réforme du droit d'auteur (« deuxième corbeille »), de nombreuses exceptions et limitations ont été remaniées, notamment dans le domaine de la copie privée. Cette proposition est actuellement sous le feu des critiques. Reste donc à savoir si elle sera adoptée par le Parlement.

A. – Expiration de la durée de protection

Le droit d'auteur s'éteint 70 ans après la mort de l'auteur (art. 64 de la loi sur le droit d'auteur). En ce qui concerne les œuvres créées par plusieurs auteurs (coauteurs), ce délai est décompté à partir de la mort de celui des coauteurs qui décède le dernier (art. 65 (1)). En ce qui concerne les œuvres cinématographiques, la durée de protection est décomptée à partir de la date de décès du réalisateur principal, du scénariste, du dialoguiste ou du compositeur de la musique du film (art. 65 (2)). Quant aux titulaires de droits voisins, en particulier les producteurs de phonogrammes, les producteurs de films et les artistes-interprètes, leurs droits sont en principe protégés pendant 50 ans après la réalisation de la prestation protégée.

(15) Selon les termes de la Cour fédérale de justice (BGH) dans son arrêt du 20 mars 2003 : WRP 2003, p. 1235.

(16) Concernant la production de phonogrammes.

(17) Depuis, la proposition de réforme de la loi sur le droit d'auteur (« deuxième corbeille ») et les modifications proposées dans ce cadre ont été présentées sous forme de tableau synoptique comparant l'ancienne et la nouvelle version, consultable à l'adresse :

< http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/syn/Korb_2_RefE_Synopse_short_01.pdf >

B. – Principe d'épuisement

En outre, le principe de l'épuisement du droit – article 17 (2) de la loi sur le droit d'auteur ; dispositions spécifiques applicables aux programmes d'ordinateur (§ 69c point 3 phrase 2) et aux bases de données (art. 87b (2)) – doit également être pris en compte¹⁸. Si l'auteur autorise la publication de reproductions de son œuvre, son droit de mise en circulation s'épuise (exception faite du droit de location). Le principe de l'épuisement du droit ne concerne que la mise en circulation d'exemplaires physiques de l'œuvre ; son application à la diffusion en ligne est généralement considérée comme impossible¹⁹. L'application du principe d'épuisement suppose que les exemplaires de l'œuvre soient mis en circulation par voie de vente avec le consentement du titulaire du droit de mise en circulation. Ainsi, si une maison d'édition met un livre en vente, elle perd le droit d'en contrôler la distribution subséquente. En conséquence, toute personne achetant le livre a ensuite le droit de le revendre. Le principe d'épuisement s'applique également aux données contenues dans les exemplaires de l'œuvre (par exemple les données de marché collectées par une société d'étude de marché)²⁰. Cela vaut également pour la revente de logiciels d'occasion (mais, d'après l'opinion dominante, pas pour les logiciels téléchargeables sur Internet).

D'un point de vue géographique, les effets juridiques du principe d'épuisement des droits sont limités au territoire de l'Union européenne et de l'Espace économique européen²¹. Quiconque achète, aux États-Unis, des exemplaires d'une œuvre protégée, ne peut pas les revendre sur le territoire de l'Union européenne ; le principe d'épuisement international est généralement rejeté.

D'un point de vue matériel, les seules limites au principe d'épuisement concernent le mode de mise en circulation. Il ne permet pas la diffusion d'une œuvre protégée au sein d'un marché nouveau et autonome, par exemple la revente sur le marché des livres de poche d'une édition réservée aux clubs de vente de livres²².

C. – Discours publics (UrhG, art. 48)

Selon l'article 48 (1) n 2 de la loi allemande sur le droit d'auteur, il est licite de reproduire, mettre en circulation et communiquer publiquement des discours tenus au cours de débats publics devant des organes de l'État, muni-

(18) V. C. Baus, Umgehung der Erschöpfungswirkung durch Zurückhaltung von Nutzungsrechten ? : MMR 2002, p. 14 ; C. Berger, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB : AcP 201 (2001), 412 ; B. Knies, Erschöpfung Online ? – Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft : GRUR Int. 2002, p. 314 ; P. Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München 2000.

(19) Telle est également la position qui ressort du considérant 29 de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : « Contrairement aux CD-Roms ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi ». La directive sur le droit d'auteur confirme ainsi les principes énoncés dans la directive bases de données (considérant n° 33). V. également J. Reinbothe, EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft : GRUR Int. 2001, p. 733, p. 737. Pour une autre position, v. B. Knies, Erschöpfung Online ? Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft : GRUR Int. 2002, p. 314 sq. ; P. Köhler, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München, Beck, 2000, p. 72.

(20) OLG München, 25 oct. 2001 : NJW-RR 2002, p. 401.

(21) À ce propos, v. également CJCE, 9 févr. 1982, aff. C-270/80, Polydor Limited et RSO Records Inc. c/ Harlequin Records Shop Limited et Simons Records Limited.

(22) BGH, 21 nov. 1958, Heiligenhof : GRUR 1959, p. 200.

cupaux ou ecclésiastiques. Il est donc possible de rendre des discours accessibles *via* Internet, sans l'autorisation de l'auteur. Il est toutefois permis de se demander si cette exception ne s'applique qu'au texte du discours ou si elle concerne d'autres éléments (sonores ou photographiques). Cette limitation ne revêt pas une importance particulière en ce qui concerne l'utilisation en ligne.

D. – Articles de journaux (UrhG, art. 49)

Du point de vue de la liberté d'accès à l'information, l'article 49 de la loi sur le droit d'auteur prévoit un accès illimité aux articles de presse, en particulier à ceux de la presse quotidienne. C'est la jurisprudence qui a fait de cette disposition la *Pressespiegelbestimmung* (disposition sur les revues de presse)²³. En la matière, c'est surtout la question des revues de presse électroniques qui revêt un intérêt particulier. Aux termes de l'article 49 (1), il est licite de reproduire et de mettre en circulation des articles isolés de journaux dans « d'autres journaux et feuilles d'information » et de les communiquer publiquement à condition que ces articles portent sur des questions d'actualité politique, économique ou religieuse et qu'ils ne soient pas assortis d'une mention de réserve des droits.

1° Articles

Le terme « articles » désigne exclusivement des œuvres verbales, pas des photographies ou des dessins²⁴. Lorsqu'un article contient des photos en plus du texte, seule la reprise du texte est visée par l'article 49 (1) de la loi sur le droit d'auteur, ce qui devrait exclure la possibilité de scanner dans leur totalité des articles (généralement illustrés) de la presse quotidienne pour les mettre en mémoire dans une base de données²⁵. Seule la reprise d'articles isolés est licite, pas celle du texte d'une édition complète. En outre, seuls les articles dont le contenu porte sur des questions d'actualité politique, économique ou religieuse peuvent être utilisés. Les articles portant essentiellement sur des thèmes scientifiques ou culturels ne sont donc pas visés par l'article 49 (1)²⁶. Enfin, l'article doit encore être d'actualité au moment de sa reprise²⁷.

2° Journaux

Seule la reprise d'articles de « journaux et feuilles d'information exclusivement consacrés à des événements d'actualité » est licite. Cela recouvre, outre

(23) Contre l'application de l'article 49 (1) aux revues de presse, v. T. Beiner, *Der urheberrechtliche Schutz digitalisierter Presseartikel in unternehmenseigenen Datenbanken* : MMR 1999, p. 691, p. 695.

(24) U. Loewenheim, *Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken*, Stuttgart, Schaeffer-Pöschel, 1994, p. 73 avec plusieurs références dans la note 327.

(25) V. T. Beiner, *Der urheberrechtliche Schutz digitalisierter Presseartikel in unternehmenseigenen Datenbanken* : MMR 1999, p. 691 ; C. Berger, *Elektronische Pressespiegel und Informationsrichtlinie* : CR 2004, p. 360 ; N. Flechsig, *Elektronische Pressespiegel – ein Beitrag zur Reform künftiger Pressespiegelenausnahmen*, in *Festschrift für Melichar*, Tübingen 1999 ; T. Hoeren, *Pressespiegel und das Urheberrecht. Eine Besprechung des Urteils des BGH « Elektronischer Pressespiegel »* : GRUR 2002, p. 1022 ; P. Katzenberger, *Elektronische Pressespiegel aus der Sicht des urheberrechtlichen Konventionsrechtes* : GRUR Int. 2004, p. 739 ; M. Lehmann et P. Katzenberger, *Elektronische Pressespiegel und Urheberrecht*, Düsseldorf 1999 ; F. Niemann, *Pressespiegel de lege lata* : CR 2002, p. 817 ; id., *Pressespiegel de lege ferenda* : CR 2003, p. 119 ; J. Vogtmeier, *Elektronischer Pressespiegel im zweiten Korb* : MMR 2004, p. 658 ; G. Wallraff, *Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage* : AfP 2000, p. 23.

(26) À notre avis, F. Melichar va trop loin, lorsqu'il affirme qu'il suffit, pour qu'un article soit visé par l'article 49, qu'il contienne « également » des éléments visés par une exception (F. Melichar, in G. Schrickler (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 2^e éd., 1999, § 49 n° 7). C'est le thème principal du texte, qui est déterminant.

(27) À notre avis, U. Loewenheim, *Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken*, Stuttgart, Schaeffer-Pöschel, 1994, p. 74, va trop loin lorsque, pour évaluer si un article est

la presse quotidienne, les feuilles d'information à parution périodique²⁸. À cet égard, la question se pose de savoir si un journal en ligne peut également être considéré comme un « journal » au sens de l'article 49. Les représentants des éditeurs de presse y sont opposés, estimant que l'article 49 est une règle d'exception à la charge des auteurs et que les règles d'exception doivent être interprétées de manière restrictive. Ils en déduisent que l'article 49 ne vise que la reprise d'articles de la presse écrite et est sans incidence sur l'environnement en ligne. Une opinion que réfute, selon moi à juste titre, la société de gestion VG Wort, estimant que, s'il convient en effet de donner une interprétation restrictive à la règle d'exception que constitue l'article 49, cela ne doit pas pour autant empêcher de donner au terme « journal » une interprétation pertinente et réaliste. Selon la société VG Wort, la nature du support de publication ne doit pas entrer en ligne de compte. Si l'on s'en tient à la définition traditionnelle des professionnels de la presse, un journal est un organe d'information à parution périodique contenant des informations universelles et d'actualité²⁹. C'est également cette définition qui était envisagée dans la nouvelle version de l'article 49 proposée dans le cadre des travaux sur la cinquième loi portant amendement de la loi sur le droit d'auteur. Dans le nouveau texte, l'article 49 a été reformulé et couvre désormais les supports d'information en ligne³⁰. Les journaux en ligne sont par conséquent également visés par la disposition sur les revues de presse.

3° Revues de presse électroniques

L'application de l'article 49 de la loi sur le droit d'auteur aux revues de presse électroniques, en particulier dans l'environnement en ligne, est controversée.

La question se pose de savoir si la mise en mémoire de revues de presse sous forme de bases de données susceptibles d'être utilisées au sein d'une grande entreprise ou d'une administration par exemple, entre dans le champ d'application de l'article 49 (1). Comme évoqué précédemment, l'article 49 (1) phrase 1 autorise la mise en circulation de feuilles d'information à condition qu'elles soient consacrées à des événements d'actualité. Or, dans les faits, il paraît peu vraisemblable que les revues de presse électroniques ne soient utilisées que pendant une journée, puis détruites ou conservées séparément des autres revues de presse consacrées à des événements d'actualité. Au contraire, ce type de bases de données – dotées de fonctions de recherche et beaucoup plus faciles à utiliser que les revues de presse traditionnelles – sont généralement accessibles à tout moment. De ce fait, l'exigence « d'actualité » n'est pas satisfaite. Toutefois, la ligne de démarcation entre ce qui est d'actualité et ce qui ne l'est pas est fluctuante³¹.

d'actualité, il retient le moment de la remise à l'utilisateur (d'une banque de données par exemple). La remise en tant que telle n'est pas un acte visé par le droit d'auteur. Ce qui est déterminant, c'est la date de l'atteinte au droit d'auteur.

(28) Telle est l'interprétation expresse de la Cour fédérale de justice (BGH) dans son arrêt du 27 janv. 2005 : ZR 19/02. La Cour d'appel (OLG) de Munich en a jugé autrement dans sa décision du 23 déc. 1999, qui exclut les articles publiés dans la presse grand public (comme le Spiegel ou le Zeit) des dispositions autorisant les revues de presse.

(29) V. M. Reh binder, Der Schutz der Pressearbeit im neuen Urheberrechtsgesetz : UFITA 48 1966, p. 102, p. 103 sq. ; v. également F. Melichar, Die Begriffe « Zeitung » und « Zeitschrift » im Urheberrecht : ZUM 1988, p. 14.

(30) Proposition du 7 juill. 1998 ; dans sa version modifiée, l'article 49 (1) parle désormais de journaux, imprimés et autres supports de données.

(31) V. G. Wallraf, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage : AfP 2000, p. 23, p. 27.

Le support sur lequel est effectuée la reprise doit également être un journal ou une feuille d'information. L'opinion parfois exprimée à ce sujet, selon laquelle l'impression d'une sélection d'articles scannés à partir d'une base de données centrale entrerait également dans le champ d'application de l'article 49 (1) paraît aberrante³². L'utilisateur d'une base de données ne constitue pas sa propre « feuille d'information » ; la distribution de copies à des tiers se fait alors sans qu'il y ait au préalable compilation d'articles dans un support primaire central. Comme l'affirme à juste titre M. Loewenheim³³, en ce qui concerne ce type de bases de données, l'exploitant ne cherche pas à s'informer de lui-même et dans son propre intérêt.

Globalement, la situation juridique reste floue en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 49 aux revues de presse électroniques³⁴. Le Tribunal d'instance de Hambourg a refusé de considérer comme licite l'octroi, par une société de gestion, d'une licence portant sur une revue de presse électronique³⁵, se prononçant ainsi contre un traitement exceptionnel, aux termes de l'article 49, des revues de presse électroniques et confirmant le droit d'interdiction de l'auteur. Cette décision a ensuite été confirmée par le Tribunal de grande instance de Hambourg³⁶. Dans l'intervalle, le Tribunal de grande instance de Cologne³⁷ et le Tribunal d'instance de Berlin ont tranché dans le même sens³⁸. La Cour d'appel de Berne s'est également prononcée en faveur d'une interprétation restrictive dans le domaine de l'observation de la presse³⁹. En revanche, le Tribunal d'instance de Munich a estimé que la mise à disposition d'une revue de presse électronique sous une forme permettant d'obtenir, après avoir lancé une requête par mots-clés, une liste ne mentionnant que l'emplacement des articles, leur titre, le nom du journal dont ils sont extraits ainsi que le domaine qu'ils concernent et citant la phrase contenant le mot-clé ne portait pas atteinte au droit d'auteur et entraînait dans le champ d'application de l'article 49⁴⁰.

Par la suite, la Cour fédérale a cassé la décision du Tribunal de Hambourg et tranché en faveur des utilisateurs de revues de presse, jugeant possible l'application de l'article 49 (1) aux revues de presse électroniques⁴¹. Le fait que, par leur fonction et les possibilités d'utilisation qu'elles offrent, les revues de presse électroniques restent, dans une large mesure, comparables aux revues de presse traditionnelles a été considéré comme déterminant par la Cour. Il a toutefois été précisé que la revue de presse électronique devait être interne à une entreprise ou à une administration et, en cas de mise en mémoire des données, ne pas se prêter à une recherche « plein texte ».

Depuis, des éditeurs de presse ont fondé la Presse-Monitor Deutschland GmbH & Co. KG (PMG), une société qui a pour mission de centraliser les

(32) Dans ce sens, v. H. Eidenmüller, *Elektronischer Pressespiegel* : CR 1992, p. 321, p. 323.

(33) U. Loewenheim, *Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken*, Stuttgart, Schaeffer-Pöschel, 1994, p. 76.

(34) Contre l'applicabilité de l'article 49 aux revues de presse traditionnelles, v. G. Wallraff, *Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage* : AfP 2000, p. 23, p. 26 ; T. Beiner, *Der urheberrechtliche Schutz digitalisierter Presseartikel in unternehmenseigenen Datenbanken* : MMR 1999, p. 691, p. 695.

(35) LG (première instance) Hambourg, 7 sept. 1999 : AfP 1999, p. 389.

(36) OLG Hambourg, 6 avr. 2000 : AfP 2000, p. 299, p. 300.

(37) OLG Cologne, 30 déc. 1999 : MMR 2000, p. 365, note A. Will : AfP 2000, p. 94 ; GRUR 2000, p. 417.

(38) LG Berlin, 15 mai 2001 : AfP 2001, p. 339.

(39) Rapport de la Cour d'appel de Berne, 21 mai 2001 : MMR 2002, p. 30, note R.-M. Hilty.

(40) LG Munich, 1^{er} mars 2002 : K & R 2002, p. 258, note N. Lührig ; CR 2002, p. 452.

(41) Arrêt du 11 juill. 2002 : MMR 2002, p. 739, note T. Hoeren et A. Waldenberger : CR 2002, p. 827, note R. Niemann 817 : RDV 2002, p. 306.

droits cédés par les éditeurs pour la réalisation de revues de presse. La PMG propose des articles numérisés et/ou des licences pour constituer des bases de données électroniques, à partir de 410 sources éditées par 128 éditeurs différents. La question de savoir si cette organisation devait, ou non, être considérée comme une société de gestion – ce qui aurait supposé qu'elle obtienne une autorisation de l'Office allemand des brevets et des marques (DPMA) pour exercer son activité – a pendant longtemps fait l'objet de controverses⁴². Le problème a toutefois, de fait, perdu de son acuité, PMG étant depuis peu, avec la société de gestion VG Wort, compétente en matière de rémunération dans le domaine des revues de presse (v. *infra*). Il est encore difficile de mesurer les effets de la décision de la Cour fédérale sur les activités de la société PMG. De même, il reste difficile d'évaluer dans quelle mesure cette jurisprudence est compatible avec les dispositions de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, directive qui ne contient aucune limitation explicite en faveur des revues de presse électroniques.

4° Droit à rémunération

Par ailleurs, le droit à rémunération dont est assortie l'exception (la licéité de reproduire et de mettre en circulation) est également un élément important. L'article 49 (1) phrase 2, dispose en effet que l'auteur a droit à une rémunération équitable pour la reproduction, la mise en circulation et la communication publique de son œuvre, droit qu'il ne peut exercer que par l'entremise d'une société de gestion (art. 49 (1) phrase 3). Ce droit à rémunération ne s'applique toutefois pas lorsque la reproduction ne concerne que de courts passages extraits de plusieurs commentaires ou articles et qu'ils sont présentés sous forme de résumé (art. 49 (1) phrase 2). Il est donc licite de mettre en ligne des extraits d'articles de presse sans l'autorisation de l'auteur et sans avoir à lui verser de rémunération.

La société de gestion VG Wort perçoit pour les journalistes la rémunération prévue au titre des revues de presse visées par l'article 49 de la loi sur le droit d'auteur. Cela concerne (comme nous l'avons déjà mentionné) des articles extraits de journaux portant sur des thèmes politiques d'actualité, mais pas, par exemple, les articles concernant les loisirs, les événements culturels ou les manifestations locales, ni les textes qui ne sont pas d'actualité.

En septembre 2003, la société de gestion VG Wort a conclu un accord de coopération avec la société Presse-Monitor portant sur la réalisation de revues de presse électroniques. Suite à cet accord, la société PMG va pouvoir vendre, en plus des articles des éditeurs avec lesquels elle a passé un contrat, les revues de presse électroniques entrant dans le champ d'application de l'article 49. En contrepartie, la société VG Wort sera intéressée aux recettes réalisées par PMG grâce aux revues de presse électroniques, si bien qu'à terme, les journalistes membres de VG Wort profiteront également de ces recettes.

5° Situation juridique après la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

La directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information contient des dispositions

(42) V. BayVGH (CAA Bavière), 14 mars 2002 : AfP 2002, p. 173 (n'a pas l'autorité de la chose jugée) sur la question de savoir si le DPMA avait le droit de publier des communiqués de presse (et dans quels termes) sur l'interdiction frappant la PMG.

très restrictives en ce qui concerne la problématique, apparemment insoluble, des revues de presse électroniques. L'article 5 alinéa 3 sous c) autorise les revues de presse réalisées par la « presse » elle-même, en d'autres termes, l'utilisation d'extraits d'articles pour réaliser une analyse de presse. Mais une petite allusion dissimulée dans l'ouvrage de M. Walter est maintenant à l'origine d'un débat passionnant, débat que les auteurs n'ont d'ailleurs pas eu. On apprend en effet qu'existe une « déclaration des Pays-Bas concernant l'article 5 alinéa 3 sous c) »⁴³. Cette déclaration est la suivante : « sans préjudice de l'article 5 alinéa 3 sous c), les États membres se réservent le droit de reformuler, dans leur législation nationale, les concepts « presse » et « œuvres radiodiffusées ». Prendre cette proposition au pied de la lettre permettrait de donner une interprétation large à la portée des limitations. Dans ce cas, il y aurait en effet lieu de considérer comme protégées les formes d'utilisation « par la presse », étant entendu qu'il appartiendrait à chaque État membre de définir ce qu'il faut entendre par « presse ». Il pourrait alors être possible voire obligatoire de rompre avec la conception traditionnelle de la presse (à savoir la presse imprimée) pour considérer que les professionnels qui proposent des revues de presse électroniques font aussi, de par leur activité de rédaction et de mise en forme, partie de la « presse ».

E. – Droit de citation (UrhG, art. 51)

Il serait également envisageable d'appliquer le droit de citation défini par l'article 51 de la loi allemande sur le droit d'auteur⁴⁴. Il convient de garder à l'esprit que, l'article 51 protégeant la liberté d'opinion (art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et art. 5 al. 1 de la Loi fondamentale), il faut mettre dans la balance droit d'auteur et liberté d'opinion pour parvenir à un compromis qui ne soit pas déséquilibré au profit du droit d'auteur⁴⁵.

Dans le cadre du deuxième volet de la réforme du droit d'auteur (« deuxième corbeille »), il avait été envisagé de restreindre davantage le droit de citation, pour le limiter aux utilisations correspondant à un « usage honnête »⁴⁶. Dans l'intervalle, cette restriction a été supprimée. Le droit de citation s'applique donc à toutes les utilisations, quelle que soit la nature de l'œuvre, dès lors que ces utilisations sont justifiées par le but poursuivi.

1° Droit de citation pour les œuvres scientifiques

L'article 51 n° 1 de la loi allemande sur le droit d'auteur considère qu'il est licite de reproduire, mettre en circulation et communiquer publiquement, même sans le consentement de l'auteur, des œuvres déjà parues, dans la

(43) M. Walter, S. von Lewinsky, W. Blocher, T. Dreier, F. Daum et W. Dillenz, *Europäisches Urheberrecht*, Springer, 2001, p. 1056, note 71. Cette déclaration, jusqu'à présent, n'est reproduite (sans indication de source) que dans cet ouvrage.

(44) V. T. Seydel, *Die Zitierfreiheit als Urheberrechtsschranke*, Köln 2002 ; G. Poll, *TV-Total – Alles Mattscheibe, oder was ? Zum Verhältnis von freier Benutzung (UrhG, § 24) und Zitatrecht (UrhG, § 51) zu Art. 5 GG* : ZUM 2004, 511 ; F. Seifert, *Das Zitatrecht nach « Germania 3 »*, in *Festschrift für Willi Erdmann*, Köln 2003, 195.

(45) À ce sujet, v., pour la France, le litige intéressant au sujet de la diffusion télévisée d'œuvres d'Utrillo (CA Paris, 30 mai 2001 : GRUR Int. 2002, p. 329, note C. Geiger, D. 2001, Jp. p. 2504, n. Caron, pourvoi rejeté par la Cour de cassation, 1^{re} civ., 13 nov. 2003, RIDA, avr. 2004, p. 291, obs. A. Kerever p. 225). V. également la décision rendue par la Cour suprême autrichienne, OGH, 12 juin 2001 : GRUR Int. 2002, p. 341 et la décision du 12 sept. 2001 : MR 2002, p. 30, note M. Walter, au sujet des rapports entre l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et la loi allemande sur le droit d'auteur.

(46) Proposition présentée le 27 sept. 2004 dans le cadre des travaux sur le deuxième volet de la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information : < <http://www.urheberrecht.org/> >

mesure justifiée par le but à atteindre et pour les incorporer dans une œuvre scientifique indépendante afin d'en éclairer le contenu.

a) Œuvres scientifiques

À cet égard, le concept d'œuvre scientifique est défini de manière étendue : même les œuvres cinématographiques peuvent entrer dans cette catégorie⁴⁷. Une œuvre ne peut toutefois être reconnue comme scientifique que si elle vise, avec sérieux et méthode, à approfondir les connaissances⁴⁸. Ainsi, les concepteurs de produits multimédias peuvent se prévaloir du droit de citation à des fins scientifiques s'ils proposent, par exemple, du matériel pédagogique en ligne destiné à des étudiants, écoliers etc. En revanche, ce droit ne peut pas être invoqué pour des produits ayant essentiellement vocation à divertir⁴⁹, par exemple un site Internet sur l'histoire des *Beatles*.

b) Taille de la citation

L'article 51 n° 1 autorise la reprise d'œuvres « isolées ». D'un côté, cela légitime, à des fins de diffusion d'informations scientifiques, une utilisation très étendue, très large, de sources produites par autrui, puisqu'il est possible de citer des œuvres entières, à condition que cela soit nécessaire pour étayer les propos de celui qui effectue la citation (concept de « grande citation »). D'un autre côté, ce droit de citation reste limité à des œuvres « isolées ». En ce qui concerne l'utilisation des œuvres d'un auteur, cette règle est interprétée très étroitement⁵⁰. Ainsi, il n'est pas possible d'invoquer l'article 51 pour utiliser l'ensemble des œuvres d'un auteur. Il en va autrement de l'utilisation d'œuvres de plusieurs auteurs, la tolérance étant alors en principe plus grande.

c) Finalité de la citation

La finalité de la citation joue un rôle clé. L'œuvre à laquelle la reproduction est incorporée doit être indépendante. Il ne suffit donc pas de compiler des œuvres d'autrui, encore faut-il que le choix des citations s'inscrive dans le cadre d'une prestation intellectuelle et individuelle⁵¹. Il s'ensuit que seules les citations venant étayer les propos de celui qui cite sont licites. En revanche, si la citation occupe le premier plan par rapport à l'œuvre à laquelle elle est incorporée, l'article 51 n° 1 ne s'applique pas. De plus, la licéité de citation suppose l'existence d'un lien intrinsèque entre l'œuvre citée et celle dans laquelle elle est citée⁵². La citation doit venir étayer l'œuvre principale, avoir une fonction accessoire et doit disparaître derrière elle⁵³. En revanche, qui-conque cite une œuvre sans apporter de contribution personnelle et accorde une importance prépondérante à l'œuvre citée ne peut invoquer l'article 51⁵⁴.

(47) J. W. Ekrutt, *Urheberrechtliche Probleme beim Zitat von Filmen und Fernsehsendungen*, Hamburg, 1973, p. 109 ; E. Ulmer, *Zitate in Filmwerken* : GRUR 1972, p. 323, p. 324.

(48) V. LG Berlin, E. Schulze : LGZ 125, p. 5 ; LG Berlin, 26 mai 1977, *Terroristenbild* : GRUR 1978, p. 108 ; G. Schrickler, in G. Schrickler (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 2^e éd., 1999, § 51, n° 31.

(49) V. KG Berlin (Cour d'appel Berlin), 13 janv. 1970 : GRUR 1970, p. 616, p. 617 sq.

(50) BGH, 3 avr. 1968, *Kandinsky I* : BGHZ 50, p. 147, p. 156 ; LG Munich II, E. Schulze : LGZ 84, p. 9 ; v. également G. Schrickler, in G. Schrickler (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 2^e éd., 1999, § 51 n° 34.

(51) BGH, 22 sept. 1972, *Handbuch moderner Zitate* : GRUR 1973, p. 216, p. 217 sq. ; G. Schrickler, in G. Schrickler (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 2^e éd., 1999, § 51 n° 22 et 34.

(52) BGH, 17 oct. 1958, *Verkehrskinderlied* : BGHZ 28, p. 234, p. 240 ; BGH, 3 avr. 1968, *Kandinsky I* : BGHZ 50, p. 147, p. 155, p. 156 ; BGH, 4 déc. 1986, *Filmzitat* : GRUR 1987, p. 362 ; G. Schrickler, in G. Schrickler (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 2^e éd., 1999, § 51, n° 16.

(53) BGH, 23 mai 1985, *Geistchristentum* : GRUR 1986, p. 59, p. 60 ; BGH, 7 mars 1985, *Liedtextwiedergabe I* : GRUR 1987, p. 34, p. 35.

(54) KG (Cour d'appel) Berlin, 13 janv. 1970, *Eintänzer* : GRUR 1970, p. 616, p. 618.

La possibilité de se prévaloir de cet article dépend donc du but dans lequel l'œuvre d'autrui est incorporée à une réalisation. La reprise intégrale d'œuvres, sans qu'il y ait discussion au sujet de leur contenu dans l'œuvre à laquelle elles sont incorporées, semble donc particulièrement sujette à caution. En revanche, la reprise d'extraits d'œuvres musicales ou de films dans un dictionnaire multimédia serait, aux termes de l'article 51, tout à fait légitime.

d) Indication de la source

De surcroît, pour que l'article 51 s'applique, il faut que la reproduction d'une œuvre ou d'un passage d'une œuvre s'accompagne de l'indication claire de sa source (art. 63 (1)). Or, d'un point de vue pratique, cette condition est quasiment impossible à respecter en cas de numérisation de photos ou d'échantillonnage numérique d'extraits musicaux⁵⁵. Elle pourrait même se révéler difficile à appliquer à la citation de textes disponibles sur Internet, dans la mesure où un lien – du fait de son caractère éphémère – n'est en règle générale pas considéré comme une indication suffisante de la source⁵⁶. Les liens intégrés au corps du texte ne constituent pas une citation et n'ont donc pas à satisfaire à cette exigence⁵⁷.

2° Citations courtes (UrhG, art. 51 n° 2)

Aux termes de l'article 51 n° 2 de la loi sur le droit d'auteur, la reproduction, la mise en circulation et la communication publique sont licites lorsque des passages d'une œuvre sont repris, après sa publication, dans une œuvre verbale indépendante. L'application de cette règle s'étend également, au-delà de la lettre de cet article⁵⁸, aux films et à divers genres d'œuvres⁵⁹. Seule l'utilisation de courts fragments de l'œuvre est permise. Toutefois, ces fragments doivent être en eux-mêmes protégeables. Les pixels et les sons⁶⁰, par exemple, ne sont pas protégeables et peuvent de ce fait toujours être utilisés librement. Des difficultés peuvent se poser pour la reprise d'images. Dans le domaine de la photo et des œuvres d'art photographiques, l'intégralité de la photo doit, par la force des choses, être reproduite ; il n'est pas possible de n'en reproduire qu'un fragment. Dans ce cas – selon la finalité de la citation – l'utilisation de l'intégralité de l'œuvre est permise⁶¹. Toutefois, la reprise doit non seulement être justifiée par la finalité poursuivie, mais aussi être assortie d'une indication de source.

3° Citation d'œuvres musicales (UrhG, art. 51 n° 3)

Selon l'article 51 n° 3 de la loi allemande sur le droit d'auteur, il est licite d'incorporer, sans le consentement du titulaire du droit, des passages d'une

(55) Il en sera toutefois autrement si le concept « d'empreinte numérique » devient réalité un jour. V. à ce sujet W. Gass, *Digitale Wasserzeichen als urheberrechtlicher Schutz digitaler Werke ?* : ZUM 1999, p. 815.

(56) À ce propos, v. W. Schulz, *Das Zitat in Film- und Multimediaerwerken* : ZUM 1998, p. 221, p. 232.

(57) F. A. Koch, *Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und in Online-Diensten* : GRUR 1997, p. 417, p. 420.

(58) BGH, 4 déc. 1986, *Filmzitat* : GRUR 1987, p. 362 ; LG Munich I : FuR 1983, p. 668.

(59) G. Schricker, in G. Schricker (éd.), *op. cit.* note 1, § 51 n° 41. Sur la proposition de réformer le droit de citation, v. C. Reupert, *Der Film im Urheberrecht. Neue Perspektiven nach hundert Jahren Film*, Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 180 sq.

(60) V. U. Loewenheim, in G. Schricker (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 2^e éd., 1999 § 2 n° 122.

(61) , BVerfG, 29 juin 2000, *Germania 3* : NJW 2001, p. 598 ; GRUR 2001, p. 149 ; KG Berlin (Cour d'appel Berlin) : UFITA 54 1969, p. 296, p. 299 ; LG Munich I, Schulze : LGZ 182, p. 5 ; G. Schricker, in G. Schricker (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 2^e éd., 1999, § 51 n° 45.

œuvre musicale déjà parue dans une œuvre musicale (indépendante)⁶². Cette règle ne devrait pas avoir d'incidence majeure dans le domaine du multimédia. En effet, un CD-Rom ou une application en ligne ne sont pas des œuvres musicales et font plutôt partie des bases de données ou (en partie) des œuvres cinématographiques.

F. – Mise à la disposition du public à des fins d'enseignement et de recherche (UrhG, art. 52a)

L'article 52a, introduit en 2003 dans la loi allemande sur le droit d'auteur, prévoit une exception en faveur de l'enseignement, de la science et de la recherche⁶³. Cette exception permet l'utilisation d'œuvres dans le cadre de petits réseaux Intranet scientifiques et pédagogiques en contrepartie d'une rémunération forfaitaire.

Cette disposition autorise la mise à la disposition du public, sans autorisation de l'auteur, de courts fragments déjà publiés d'une œuvre, d'œuvres de peu d'ampleur et d'articles isolés de journaux ou revues pour les utiliser dans des écoles et établissements d'enseignement supérieur auprès d'un cercle restreint d'élèves ((1) n 1) ou d'un cercle restreint de personnes pour leurs propres travaux de recherche scientifique (al. 1 n 2).

La mise à la disposition du public n'est possible que si elle est nécessaire à ces fins et ne peut se faire à des fins commerciales. Aux termes de l'article 52a (2) phrase 2, les œuvres cinématographiques ne sont visées par la limitation qu'après deux ans d'exploitation normale dans les salles de cinéma. Selon l'article 52a (3), les reproductions nécessaires à la mise à la disposition du public (imprimés, supports d'enregistrement) sont également visées par les dispositions de l'article 52a. La mise à la disposition du public et la reproduction donnent lieu au versement d'une rémunération à la société de gestion compétente ((4)).

Alors que la notion de « cercle restreint » est suffisamment précise en ce qui concerne la mise à disposition du public à des fins pédagogiques (il est fait référence aux élèves), il est permis de se demander ce qu'il faut entendre par « cercle restreint de personnes » en cas de mise à la disposition du public à des fins de recherche. Un groupe « ouvert » de chercheurs, dont les membres changent souvent, ne correspond certainement pas à cette définition. Au contraire, il faut que l'appartenance des membres au cercle de personnes soit évidente (par exemple les collaborateurs d'un institut de recherche ou les membres d'institutions très diverses coopérant au sein d'une même équipe de recherche « fermée »).

L'article 52a permet par exemple de diffuser, à l'attention d'un cercle restreint de personnes, des œuvres protégées par le droit d'auteur *via* des listes de diffusion ou des forums de discussion, à condition d'indiquer systématiquement la source et le nom de l'auteur (art. 63 (2) phrase 2). La prudence est toutefois de rigueur si cette diffusion concerne l'intégralité ou des parties substantielles de bases de données au sens des articles 87a et suivants ou de programmes d'ordinateur au sens des articles 69a et suivants. Ces réalisations

(62) V. à ce sujet F. Melichar, in G. Schricker (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 2^e éd., 1999, § 51 n° 49.

(63) V. J. Ensthaler, *Bundestag beschließt die Herausnahme wissenschaftlicher Sprachwerke aus dem Urheberrechtsgesetz* : K&R 2003, 209 ; G. Gounalakis, *Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung* (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Tübingen 2003 ; U. Sieber, *Urheberrechtlicher Reformbedarf im Bildungsbereich* : MMR 2004, 715.

protégées sont en effet visées par des limitations spécifiques, très étroites et n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 52a.

L'utilisation de films dans le cadre de réseaux Intranet pose d'autres problèmes. Les films utilisés à des fins pédagogiques et de recherche sont plus souvent des documentaires que des films de fiction. Or, ce genre cinématographique ne remplit généralement pas la condition d'« exploitation habituelle régulière dans les salles de cinéma » prescrite par l'article 52a (2). De ce point de vue, la loi ne concerne que les films de fiction. En principe, l'utilisation de films documentaires n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 52a, faute d'exploitation dans les salles de cinéma. À cet égard, il serait envisageable d'appliquer, par analogie, l'article 52a (2) phrase 2, aux films faisant l'objet d'une exploitation télévisuelle ou projetés de manière habituelle dans le cadre de festivals de films ; toutefois, cette interprétation irait au-delà de la lettre de la disposition (à interpréter étroitement). Au demeurant, on peut également partir du principe que le législateur n'ignorait pas les spécificités du marché du film documentaire et qu'il a, en toute connaissance de cause, pris position en faveur d'une protection du film documentaire et contre son utilisation dans des réseaux Intranet.

Enfin, le fait que cette règle doive malheureusement cesser de s'appliquer fin 2006 sera également source de problèmes. En termes de technique législative, introduire une disposition en prévoyant sa date de caducité, est d'ailleurs une nouveauté. Pour les centres de média des universités, l'utilisation effective de l'exception de l'article 52a est d'ores et déjà difficile car la mise en place d'une structure Intranet adaptée nécessite quelques années. De ce point de vue, le « cadeau fait à la recherche et à l'enseignement » pourrait bien devenir obsolète, au moment même où il devient particulièrement indispensable.

G. – Utilisation via des postes de travail dans les bibliothèques (art. 52 de la proposition de réforme de la loi sur le droit d'auteur)

Il est envisagé, dans le cadre du deuxième volet de la réforme de la loi sur le droit d'auteur (« deuxième corbeille »)⁶⁴, d'introduire un article 52b portant sur la communication publique d'œuvres *via* des postes de travail électroniques installés dans les bibliothèques publiques. Il serait alors possible, dans les bibliothèques publiques exclusivement et à condition qu'aucune règle contractuelle ne s'y oppose, de mettre à la disposition du public à des fins de recherche et d'étude les œuvres publiées faisant partie du fonds de la bibliothèque, *via* des postes de travail informatiques installés spécifiquement à cet effet. Toutefois, le nombre d'exemplaires d'une œuvre accessibles simultanément sur ces postes ne pourrait pas excéder le nombre d'exemplaires que possède la bibliothèque. En contrepartie de la mise à la disposition du public, une rémunération équitable devrait être versée à une société de gestion.

Cette proposition reprend des idées de la directive sur l'harmonisation du droit d'auteur dans la société de l'information pour les transposer en droit allemand. Toutefois, les bibliothèques et les organisations scientifiques dénoncent son caractère restrictif. La limitation du nombre d'exemplaires consultables au nombre d'exemplaires imprimés que contient le fonds d'une bibliothèque est contre-productive dans la mesure où elle va à l'encontre du sens et de l'objectif de la lecture de documents sous forme électronique.

(64) Proposition présentée le 27 sept. 2004 dans le cadre des travaux sur le deuxième volet de la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information : < <http://www.urheberrecht.org/> >

H. – Reproduction pour usage privé (UrhG, art. 53)

La *Magna charta* des licences légales se trouve à l'article 53 de la loi sur le droit d'auteur, qui autorise la reproduction d'œuvres à des fins privées, même sans l'autorisation du titulaire des droits⁶⁵. En contrepartie de la perte de droits qui résulte de l'article 53, l'auteur peut prétendre à une rémunération (art. 54, 54a) qui, depuis 1985 correspond pour l'essentiel à une part du produit de la vente des appareils ou supports enregistrables destinés à la reproduction⁶⁶. Depuis la transposition de la directive bases de données (art. 7 de la loi allemande sur les services d'information et de communication, *IuKDG*), des limitations différentes s'appliquent aux bases de données.

Aux termes du nouvel article 53 (5), la reproduction à des fins privées d'éléments d'une base de données accessibles par des moyens électroniques n'est plus licite (art. 53 (1)). Même les dispositions autorisant la reproduction pour inclusion dans des archives personnelles (art. 53 (2) n° 2) ou pour s'informer sur des questions d'actualité (art. 53 (2) n° 3) et la reproduction d'articles de journaux ou d'œuvres épuisées (art. 53 (2) n° 4) ne s'appliquent pas aux bases de données accessibles par des moyens électroniques.

Selon l'article 53 (2) n° 1, la reproduction à des fins scientifiques personnelles est couverte par la limitation à condition qu'elle ne soit pas effectuée dans un but commercial. L'article 87c de la loi allemande sur le droit d'auteur, qui définit de manière exhaustive les limitations applicables aux bases de données, contient une disposition similaire pour les bases de données dépour-

(65) C. Ahrens, Napster, Gnutella, FreeNet & Co – die immaterialgüterrechtliche Beurteilung von Internet-Musiktauschbörsen : ZUM 2000, 1029 ; C. Berger, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit : ZUM 2004, 257 ; idem, Die Erstellung elektronischer Archive nach der Novellierung des deutschen Urheberrechts, info7, 2004, p. 153 ; H. Däubler-Gmelin, Private Vervielfältigung unter dem Vorzeichen digitaler Technik : ZUM 1999, 769 ; T. Dreier in G. Schricker, Urheberrecht auf dem Weg in die Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997, p. 139 ; D. Frey, Peer-to-Peer-File-Sharing, das Urheberrecht und die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern am Beispiel Napster Inc. : ZUM 2001, 466 ; S. Haupt, Electronic Publishing – Rechtliche Rahmenbedingungen, München 2002 ; M. Heghman, Musiktauschbörsen im Internet aus strafrechtlicher Sicht : MMR 2004, 14 ; T. Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Münster 2003 ; T. Kreuzer, Napster, Gnutella & Co : Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda : GRUR 2001, 193 ; C. Krüger, Die digitale Privatkopie im « zweiten Korb » : GRUR 2004, 204 ; A. Leupold et D. Demisch, Bereithalten von Musikwerken zum Abruf in digitalen Netzen : ZUM 2000, 379 ; U. Loewenheim, Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch von urheberrechtswidrig hergestellten Werkstücken, in P. Ganea et al., Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 415 ; M. M. Malpricht, Über die rechtlichen Probleme beim Kopieren von Musik-CDs und beim Download von MP3-Dateien aus dem Internet : NJW-CoR 2000, 233 ; C. Mayer, Die Privatkopie nach Umsetzung des Regierungsentwurfs zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft : CR 2003, 274 ; L. Mönkemöller, Moderne Freibeuter unter uns ? – Internet, MP3 und CD-R als GAU für die Musikbranche ! : GRUR 2000, 664 ; O. Jani, Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen ? Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG : ZUM 2003, 842 ; J. B. Nordemann et A. Dustmann, To Peer or not to Peer. Urheberrechtliche und datenschutzrechtliche Fragen der Bekämpfung der Internetpiraterie : CR 2004, 380 ; M. Reh binder, M. Lausen et D. Donhauser, Die Einspeisung von Zeitungsartikeln in Online-Datenbanken der Zeitungsverlage : UFITA 2000/2, 395 ; T. Pichlmaier, Abschied von der Privatkopie ? : CR 2003, 910 ; G. Plaß, Der Aufbau und die Nutzung eines Online-Volltextsystems durch öffentliche Bibliotheken aus urheberrechtlicher Sicht : WRP 2001, 195 ; M. Rath-Glawatz et C. Dietrich, Die Verwertung urheberrechtlich geschützter Print-Artikel im Internet : AfP 2000, 217 ; B. Rodriguez Ruiz, After Napster in Cyberspace and the Future of Copyright : Cri 2003, 1 ; M. Senftleben, Privates digitales Kopieren im Spiegel des Dreistufentests : CR 2003, 914 ; G. Spindler, Urheberrecht und Tauschplattformen im Internet : JZ 2002, 60 ; R. Weber et J. Bischof, Napster, die Musikindustrie und der Musikvertrieb : sic 2001, 152 ; B. Stickerbrock, Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter : GRUR 2004, 736 ; M. Zahrt, Der urheberrechtliche Schutz elektronischer Printmedien, Frankfurt 1999.

(66) Sur la genèse de cette disposition, v. R. Kreile, Die deutsche Urheberrechtsnovelle 1985 : ZUM 1985, p. 609 ; F. Melichar, Auswirkungen der Urheberrechtsnovelle 1985 : ZUM 1987, p. 51 ; J. B. Nordemann, Die Urheberrechtsreform 1985 : GRUR 1985, p. 837.

vues de contenu créatif. Selon l'article 87c n° 1, la reproduction à des fins privées n'est exclue que si les éléments de la base de données sont accessibles par des moyens électroniques. L'usage à des fins scientifiques (art. 87c n° 2) et l'utilisation pour illustrer un cours (art. 87c n° 3) n'est possible sans licence que si la reproduction est nécessaire à ces fins et n'est pas effectuée dans un but commercial. La dernière réforme a profondément remanié la structure de l'article 53 de la loi allemande sur le droit d'auteur, comme le montre le développement qui suit.

1° Usage privé

L'article 53 (1) phrase 1, dispose qu'il est licite de confectionner ou de faire confectionner pour un usage privé des reproductions isolées d'une œuvre. Concernant la copie d'œuvres sur un support visuel ou sonore et la reproduction d'œuvres d'art, la reproduction par un tiers n'est possible qu'à titre gratuit (art. 53 (1) phrase 2). En principe, toute personne peut, en invoquant un usage privé, télécharger et copier par transfert FTP (*File Transfer Protocol*) les réalisations d'autrui. Toute personne peut également se faire copier de la documentation par une bibliothèque ou un centre de documentation et se la faire envoyer par Internet, à condition que ces copies soient réalisées gracieusement.

Il en va différemment de l'utilisation de bases de données : leur reproduction – même aux fins de téléchargement dans la mémoire vive et d'utilisation pour usage privé – ne peut se faire qu'avec une autorisation⁶⁷. Enfin, les règles applicables sont les mêmes quelle que soit la technique de reproduction utilisée (numérique ou analogique). Le droit d'effectuer des copies à des fins privées s'applique également aux copies numériques.

L'article 53 (1) ne s'applique pas à la confection de copies à des fins professionnelles. De plus, d'après l'opinion dominante⁶⁸, seules les personnes physiques peuvent bénéficier de cette disposition. Une entreprise ne peut donc pas l'invoquer pour réaliser des copies à usage interne.

Par ailleurs, la question de savoir dans quelle mesure la reproduction d'œuvres n'est vraiment licite que si elle est réalisée à partir d'une source produite de manière licite est controversée. Dans l'affaire *Napster*⁶⁹, par exemple, certains pensaient que ce critère n'était – aux termes de l'article 53 – pas obligatoire⁷⁰. Dans son ancienne rédaction, l'article 53 (1) de la loi ne spécifiait pas que la source à partir de laquelle la copie était réalisée devait avoir été produite de manière licite. Ce silence de la loi a été interprété de telle sorte que l'utilisation de services de P2P (comme *KaZaa*) pour réaliser des copies pour un usage privé a été considérée comme licite du point de vue du droit d'auteur. Lors de la dernière réforme de la loi, cela a choqué le *Bundesrat* qui,

(67) OLG Hambourg, 22 févr. 2001 : ZUM 2001, p. 512 ; MMR 2001, p. 533 ; CR 2001, p. 704 note J. Dieselhorst.

(68) V. notamment N. Flechsig, Die Novelle zur Änderung und Ergänzung des Urheberrechts (1985) : NJW 1985, p. 1991, p. 1994. V. également U. Loewenheim, in G. Schricker (éd.), Urheberrecht, München, Beck, 3^e éd., 2006, § 53 n° 11.

(69) À ce sujet, v. l'arrêt *A&M Records Inc. c/ Napster Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 : GRUR Int. 2000, p. 1066 ainsi que la décision de la Cour d'appel du neuvième circuit, 12 févr. 2001 : GRUR Int. 2001, p. 355.

(70) C'est le cas par exemple de H. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 3^e éd., 2005, n° 495a ; L. Mönkemöller, Moderne Freibeuter unter uns ? – Internet, MP3 und CD-R als GAU für die Musikbranche : GRUR 2000, p. 663, p. 667 sq. ; pour une autre position, v. A. Leupold et D. Demisch, Bereithalten von Musikwerken zum Abruf in digitalen Netzen : ZUM 2000, p. 379, p. 383 sq. ; U. Loewenheim, in P. Ganeva, C. Heath et G. Schricker, Urheberrecht gestern – heute – morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München, Beck, 2001, p. 415 sq.

dans sa résolution⁷¹, a voulu limiter la possibilité de réaliser des copies à des fins privées aux reproductions réalisées à partir de sources produites légalement. Cette disposition a ensuite été rejetée par le comité de conciliation mais, aussi étonnant que cela puisse paraître, l'article 53 (1) a de nouveau été remanié à la dernière minute. C'est ainsi que le principe selon lequel la liberté de réaliser des copies à des fins privées ne s'applique pas si la reproduction est effectuée à partir d'une « source produite de manière manifestement illicite » a été inscrit dans cet article. Il s'agit d'un principe inédit, aux contours mal définis. Les bases juridiques sur lesquelles il faut se fonder pour juger du caractère manifestement illicite de la source, par exemple, restent floues. De plus, il s'agit là d'une victoire à la *Pyrrhus* pour l'industrie de la musique. Avant la réforme, elle pouvait prétendre que la liberté de réaliser des copies à des fins privées était subordonnée à l'utilisation de sources licites ; désormais, il faut que la source utilisée soit manifestement illicite pour qu'elle puisse émettre une objection. Il n'est dit qu'accessoirement que les services de P2P ne sont pas des moyens de reproduction manifestement illicites, mais peuvent être utilisés de diverses manières à des fins licites, par exemple dans le domaine scientifique.

De plus, la possibilité de faire confectionner des copies par des tiers est maintenue, à condition que cela se fasse à titre gratuit ou qu'il s'agisse de reprographies ou reproductions similaires. De plus, cette disposition garantit également que l'envoi de copies reste possible. A cet égard, doivent également être considérées comme réalisées à titre gratuit, les reproductions réalisées par des bibliothèques qui font payer des droits de prêt, à condition que la somme demandée ne soit pas supérieure aux frais engagés.

La portée de l'article 53 (1) est toutefois limitée par l'article 95b, nouvellement introduit dans la loi sur le droit d'auteur. Si le titulaire des droits utilise des moyens techniques de protection, seuls les établissements publics (écoles, universités, etc.) sont protégés s'ils effectuent des reproductions. Les utilisateurs privés ne le sont pas.

La non prise en compte de l'article 53 (1) dans l'article 95b (1) porte à croire qu'il suffit au titulaire du droit d'utiliser des moyens techniques de protection pour contourner l'article 53 (1). Il s'agit là d'une « astuce » inadmissible. En cautionnant une telle stratégie, le ministère de la Justice fait une concession à l'industrie de la musique, concession qui conjugue maquillage au plan de la technique législative et manque d'enthousiasme.

Le fait que l'article 95b (1) ne mentionne pas expressément le droit d'effectuer des copies à des fins privées est sujet à caution⁷² dans la mesure où cela revient à priver d'effet l'article 53 (1). L'industrie de la musique peut, en utilisant des mesures techniques de protection, reprendre à l'utilisateur privé les droits que l'article 53 (1) lui confère. De plus, le ministère de la Justice n'explique pas pourquoi les dispositions prévues par l'article 6 alinéa 4 de la directive en faveur des utilisateurs privés ne sont pas pleinement exploitées.

Manifestement, il s'agit d'un cadeau fait en sous-main à l'industrie de la musique, cadeau qui fait toutefois abstraction des principes constitutionnels (inviolabilité du domicile et liberté de l'information).

L'article 6 alinéa 4 de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information consti-

(71) BT-DrS. 15/1066 27 mai 2003, p. 2.

(72) V. en ce sens B. Holznapel et S. Brüggemann, *Das Digital Rights Management nach dem ersten Korb der [...] Beurteilung der neuen Kopierschutzregelungen* : MMR 2003, p. 767 sq. V. également T. Hoeren, *Urheberrecht und Verbraucherschutz*, Münster, LIT Verlag, 2003.

tue un compromis, obtenu à grand peine, en faveur de l'utilisateur privé et il doit absolument être transposé en droit allemand. Il ne faut pas lui opposer les mises en garde de l'industrie de la musique contre les risques de piratage et de gravure incontrôlée de CD. Il reste en effet suffisamment de moyens techniques pour limiter le nombre de copies privées réalisables. De surcroît, l'industrie de la musique bénéficie, à travers la vente d'appareils et supports enregistrables, d'une compensation non négligeable de son manque à gagner. Il serait d'ailleurs envisageable de réfléchir à la possibilité d'augmenter cette compensation.

Cette lacune de la protection ne peut pas non plus être comblée par une disposition exemptant de poursuites pénales le contournement des mesures techniques de protection, dès lors que ce contournement est effectué dans le cadre d'un usage privé (art. 108b (1)). Les sanctions prévues par le droit civil, qui peuvent, dans certains cas, être très dures pour les contrevenants concernés, continuent en effet de s'appliquer. À cela s'ajoute que l'opinion publique a l'impression que le contournement de dispositifs de protection pour réaliser des copies privées est strictement interdit, ce qui est en contradiction avec l'article 53 (1) de la loi sur le droit d'auteur. Il est permis de se demander en quoi ce contournement à des fins d'usage privé est fautif. Car dans ce domaine, c'est plutôt la mise en place de ces dispositifs de protection qui constitue une faute.

2° Usage scientifique personnel

Le droit d'auteur légitime également la réalisation, à des fins scientifiques, de copies d'œuvres publiées sur Internet. L'article 53 (2) n° 1 dispose qu'il est licite de réaliser ou de faire réaliser pour un usage scientifique privé des copies isolées d'une œuvre, même sans le consentement du titulaire des droits. La notion « d'usage scientifique » doit être interprétée largement. Cette disposition couvre la copie en ligne effectuée par :

- des instituts scientifiques et de recherche ;
- des personnes privées ayant un besoin d'information scientifique ;
- des étudiants, dans le cadre de leur formation et
- des institutions de recherche du secteur privé⁷³.

Cette liberté de copier a une limite : la reproduction de livres ou revues dans leur quasi-intégralité n'est pas licite sans le consentement du titulaire des droits (art. 53 (4) phrase 1). Tant que le délai de protection conféré à ces œuvres par le droit allemand n'est pas écoulé, l'utilisateur des textes n'a pas le droit de les télécharger sur Internet à des fins scientifiques. De plus, l'article 53 ne légitime pas la communication publique des exemplaires ou copies (art. 53 (6) phrase 1). Par conséquent, quiconque télécharge des œuvres à des fins de recherche n'a pas le droit de les publier sur un site Internet. Il reste toutefois envisageable de les mettre en mémoire dans le cadre de réseaux Intranet (art. 52a).

Dans le cadre des discussions sur le deuxième volet de la réforme de la loi sur le droit d'auteur (« deuxième corbeille »)⁷⁴, il est envisagé de limiter cette

(73) Ceci est toutefois controversé. Pour un avis similaire, v. U. Loewenheim, in G. Schricker (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 2^e éd., 1999, § 53, n° 14 ; E. Ulmer, *Urheber-und-Verlagsrecht*, Berlin, Springer, 3^e éd., 1980, § 65, III, 1 ; cette liste est limitée aux établissements d'enseignement secondaire selon F. K. Fromm et W. Nordemann, *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart, Kohlhammer, 9^e éd., 1998, § 53 n° 9. En ce sens, BGH, 20 févr. 1997, *Betreibervergütung für Privatunternehmen* : ZUM-RD 1997, p. 425.

(74) Proposition présentée le 27 sept. 2004 dans le cadre des travaux sur le deuxième volet de la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information : < <http://www.urheberrecht.org/> >

règle davantage encore en restreignant la possibilité d'effectuer des copies à des fins scientifiques aux cas où ces copies ne sont pas, directement ou indirectement, réalisées à des fins commerciales. L'utilisation des copies dans le cadre de projets de recherche financés par des tiers deviendrait alors impossible.

Les bibliothèques et les scientifiques sont également protégés contre les mesures techniques de protection susceptibles de porter atteinte aux droits qui leur sont conférés par l'article 53 (2). Il est toutefois permis de se demander s'il est pertinent que les bénéficiaires de la protection soient obligés, pour faire appliquer leur droit, d'introduire une action en cessation ou en restitution (art. 95b (2) et (3)). Un tel moyen de droit est coûteux, en temps et en argent, et entrave de facto le travail des bibliothèques (par exemple) malgré les droits qui leur sont conférés. Cela menace le droit à l'information des établissements d'enseignement supérieur, car ce sont eux qui assument le risque de non-obtention de l'information et de retard dans cette obtention. En cas d'insolvabilité du titulaire des droits, l'utilisation de CD-Rom se heurterait à des problèmes énormes. Cela pourrait très rapidement paralyser la recherche scientifique. Les bibliothèques, par exemple, devraient également assumer le risque de ne disposer que très tardivement des informations dont elles ont besoin et celui d'être temporairement dans l'impossibilité d'utiliser les bases de données sur CD-Rom.

3° Inclusion dans des archives personnelles

Selon l'article 53 (2) n° 2, il est licite de confectionner des reproductions isolées d'une œuvre pour les inclure dans ses propres archives, pour autant que la reproduction soit nécessaire à ces fins et que l'on utilise son propre exemplaire pour la réaliser. Cette disposition devrait jouer un rôle concernant la gestion électronique de la documentation interne aux entreprises mais pas en ce qui concerne l'environnement en ligne. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait également faire entrer les archives accessibles au public dans son champ d'application⁷⁵ ; l'article 53 permet de constituer des bases de données en ligne de taille conséquente permettant d'avoir accès à du matériel de presse interne. Cette interprétation ne correspond toutefois pas à l'opinion dominante : une archive est en réalité, par nature, uniquement conçue pour un usage personnel ou interne à une entreprise⁷⁶ ; de ce point de vue, les archives électroniques sont donc considérées comme licites, tant que leur constitution ne nécessite pas une exploitation supplémentaire de l'œuvre⁷⁷.

En ce qui concerne les archives de presse électroniques (définies comme un système de communication interne à l'entreprise, accessible par un cercle restreint d'utilisateurs), la Cour fédérale de justice allemande⁷⁸ a estimé que même s'il n'est utilisé que par le personnel de l'entreprise, un tel système va bien au-delà de l'intention qu'avait le législateur dans l'article 53 (2) n° 2. Il faut également tenir compte de ce que la dernière réforme de la loi sur le droit

(75) En ce sens W. Nordemann, in H. Forkel/A. Kraft, Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Francfort sur le Main, Metzner, 1985, p. 325 sq.

(76) C'est également la position de M. v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, Munich, Beck, 1968, § 54, n° 10 ; U. Loewenheim, in G. Schrickler (éd.), Urheberrecht, München, Beck, 2^e éd., 1999., § 53, n° 25 ; P. Katzenberger, Urheberrecht und Dokumentation : GRUR 1973, p. 629 sq.

(77) F. K. Fromm et W. Nordemann, Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Stuttgart, Kohlhammer, 9^e éd., 1998, § 53, n° 7, U. Loewenheim, in G. Schrickler (éd.), Urheberrecht, München, Beck, 3^e éd., 2006, § 53, n° 28.

(78) BGH, 10 déc. 1998, Elektronische Pressearchive : MMR 1999, p. 409, note T. Hoeren.

d'auteur limite considérablement les possibilités de constituer des archives numérisées. La nouvelle version de la loi ne permet plus que la reproduction sur papier, l'utilisation exclusivement analogique des archives ou l'utilisation de matériel numérique à condition qu'elle ne poursuive pas, directement ou indirectement, une finalité lucrative ou économique. Il n'est donc plus possible de constituer et d'utiliser des archives électroniques internes à une entreprise sans autorisation du titulaire des droits.

4° Articles de journaux et de revues

Selon l'article 53 (2) n° 4a de la loi sur le droit d'auteur, il est licite de confectionner ou de faire confectionner pour « d'autres usages personnels » – aucune finalité particulière n'est exigée – des exemplaires isolés d'une œuvre, lorsqu'il s'agit d'articles isolés de journaux ou de revues. S'agissant d'autres types d'œuvres, cette disposition n'autorise que la reproduction de petits fragments isolés. Les articles copiés ne peuvent, dans leur totalité, représenter qu'une petite partie du journal ou de la revue. L'exception ne s'applique pas à la reprise de parties importantes des articles sélectionnés.

5° Service d'envoi de copies

On a récemment assisté à une lutte pour la licéité des services d'envoi de copies que les grandes bibliothèques et entreprises proposent à leur clientèle⁷⁹.

La Cour fédérale de justice a, dans deux procès concernant des services de recherche privés, estimé qu'une entreprise offrant d'effectuer une recherche et de réaliser simultanément des copies ne pouvait pas se prévaloir des limitations prévues par la loi sur le droit d'auteur. Dans ces deux affaires, la plainte avait été formée contre *CB-Infobank*, qui avait proposé de répondre à des commandes de recherche en puisant dans ses abondantes archives de presse et d'effectuer simultanément des copies. *CB-Infobank* se fondait au premier chef sur l'article 53 (2) n° 4a de la loi sur le droit d'auteur. Les juridictions inférieures avaient rendu des décisions contradictoires. La Cour fédérale de justice a estimé que l'article 53 (2) n° 4a ne s'appliquait pas aux commandes de recherche et de copies, le centre d'information exerçant son activité de reproduction non pas pour le compte du client mais pour son propre compte. Selon la Cour fédérale, *CB-Infobank* ne pouvait donc pas invoquer le bénéfice de l'exception. Quant aux clients, qui eux, auraient pu s'en prévaloir, ils n'avaient pas effectué ni fait effectuer de copies⁸⁰.

Les bibliothèques publiques et autres établissements accessibles au public ne sont pas dans la même situation juridique que les services d'information privés. Ceci est particulièrement vrai lorsque (comme dans le cas décrit plus loin) la recherche et la sélection d'articles sont effectuées par le client. La Cour fédérale de justice a, dans une décision historique⁸¹, estimé que ces établisse-

(79) Cette problématique constitue également la toile de fond de l'étude que U. Loewenheim a réalisée à la demande des associations d'éditeurs de presse ; v. U. Loewenheim, préc. note 24. V. sur le service d'envoi de copies en général : P. Baronikians, *Kopienversand durch Bibliotheken – rechtliche Beurteilung und Vorschläge zur Regelung* : ZUM 1999, p. 126 ; H. Hecker, *Dokumentenversand durch Bibliotheken in Festschrift für F. Melichar* 1999, p. 89 ; P. Katzenberger, *Eine salomonische Entscheidung, aber kein Freibrief*. Anmerkung zu BGH, Arrêt du 25 févr. 1999, IZR 118/96 (Kopienversanddienst) : AfP 1999, p. 335 ; U. Loewenheim, *Kopienversand und kein Ende*, Festschrift für W. Tilmann, 2003, p. 63.

(80) BGH, 16 janv. 1997 : WM 1997, p. 731, *CB-Infobank I* et BGH, 16 janv. 1997 : WM 1997, p. 738, *CB-Infobank II*. V. également LG Francfort 25 oct. 2001 : AfP 2001, p. 526 ; MMR 2002, p. 488 pour les revues de presse électroniques.

(81) Arrêt du 25 févr. 1999, IZR 118/96, *Kopienversanddienst* : K&R 1999, p. 413. Les deux parties ont formé un recours devant la Cour constitutionnelle contre cette décision. V. également les commentaires (contradictoires) sur ce procès de T. Hoeren : MMR 1999, p. 665 et U. Loewenheim : ZUM 1999, p. 574.

ments ne portaient atteinte ni au droit de reproduction, ni au droit de mise en circulation de l'auteur si, pour répondre à une commande individuelle, ils confectionnaient des reproductions d'articles isolés et les expédiaient par la poste ou par télécopie. La Cour a toutefois estimé que, par analogie avec les articles 27 (2) et (3), 49 (1), 54a (2) et 54h (1) de la loi sur le droit d'auteur, l'auteur avait droit à une rémunération équitable et que ce droit ne pouvait être exercé que par l'entremise d'une société de gestion.

Elle a estimé que, eu égard aux évolutions économiques et techniques de ces dernières années, la reconnaissance d'un tel droit s'imposait pour répondre aux exigences de l'article 9 de la Convention de Berne, des articles 9 et 13 de l'accord ADPIC ainsi qu'à celles de l'article 14 de la Loi fondamentale concernant le droit de propriété et pour satisfaire au principe de droit de l'auteur à une rémunération équitable prescrit par la loi allemande sur le droit d'auteur. La Cour a jugé nécessaire, dans ce contexte, d'appliquer par analogie toutes les dispositions de la loi sur le droit d'auteur qui prévoient, dans le domaine des limitations et exceptions, une rémunération équitable pour le titulaire des droits. Dans son argumentation, la Cour de justice énumère toutes les nouvelles possibilités qu'offrent Internet et les bases de données en ligne (comme les annuaires en ligne qui facilitent considérablement les recherches et permettent d'en réaliser de beaucoup plus complètes). La question de savoir si seuls les envois de copies par la poste ou par télécopie sont acceptables ou si la décision de la Cour pourrait également s'appliquer à un envoi électronique (qui ne constituait pas l'objet du procès) n'a toutefois pas été tranchée.

Selon le Tribunal de grande instance de Cologne, un service de recherche en ligne, qui permet de trouver des articles de presse *via* des liens profonds, entre dans le champ d'application de l'article 53 (2) n° 4a⁸² car l'utilisateur l'emploie pour son usage privé uniquement sans que la participation de l'opérateur du service de recherche y change quoi que ce soit.

Les discussions sur le deuxième volet de la réforme de la loi sur le droit d'auteur (« deuxième corbeille »)⁸³, devraient aboutir à une nouvelle disposition concernant la licéité des services d'envoi de copies. Selon l'article 53a de la proposition, les bibliothèques publiques seraient autorisées à envoyer des copies par la poste ou par télécopie à condition que le commanditaire puisse se prévaloir d'une des dispositions de l'article 53. La possibilité de reproduire et de mettre en circulation des données sous forme électronique, serait quant à elle limitée aux données graphiques. En outre, ce mode de diffusion de données graphiques ne serait possible que si les données concernées ne peuvent pas être obtenues par les membres du public, de l'endroit et au moment de leur choix, au moyen d'une convention contractuelle. Ces restrictions limitent considérablement la portée de la possibilité pour les bibliothèques publiques d'envoyer des copies.

6° Exceptions à des fins d'enseignement

Les technologies multimédias sont souvent utilisées dans le domaine de l'enseignement et de la formation. Cela amène à s'interroger sur la portée de l'article 53 (3) de la loi sur le droit d'auteur, qui permet la reproduction de petits fragments d'une œuvre imprimée ou d'articles isolés de journaux et

(82) Jugement du 27 oct. 2000 : K&R 2001, p. 327 ; NJW-RR 2001, p. 904.

(83) Proposition présentée le 27 sept. 2004 dans le cadre des travaux sur le deuxième volet de la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information : < <http://www.urheberrecht.org/> >

revues pour les utiliser dans des établissements d'enseignement scolaire et dans des établissements non commerciaux de formation et d'éducation permanente. Invoquer cette disposition pour copier des œuvres au moyen d'un service Internet couvrant plusieurs établissements relèverait d'une mauvaise interprétation. L'exception ne vise en effet que la quantité de copies « nécessaire à une classe ». En outre, elle ne vise pas leur mise en circulation ou leur communication publique (art. 53 (3) phrase 1).

7° Conséquence juridique : droit à rémunération

Dans les cas visés par l'article 53 (1) à (3), l'auteur peut prétendre à une rémunération de la part du fabricant d'appareils destinés à effectuer des reproductions. Ce droit, régi par l'article 54 de la loi sur le droit d'auteur, est conféré aux auteurs, mais aussi aux artistes interprètes (art. 84), aux producteurs de phonogrammes (art. 85 (3)) et aux producteurs de films (art. 94 (4)).

Toutefois, il convient de faire une distinction entre la rémunération en cas d'enregistrement sonore ou visuel (art. 54) et la rémunération en cas de reproduction par photocopie (art. 54a). Cette distinction n'est pas purement théorique, puisque les modalités de calcul ne sont pas les mêmes dans les deux cas (v. l'annexe à l'art. 54d (1)).

a) Rémunération en cas d'enregistrement visuel ou sonore

L'article 54 (1) dispose qu'une rémunération est due en cas d'enregistrement d'une émission radiodiffusée sur un support visuel ou sonore ou de réenregistrement d'un support visuel ou sonore sur un autre. À l'ère du MP3⁸⁴ et des graveurs de CD, cette disposition revêt une importance croissante. Or, il n'existe jusqu'à présent pas de règle fixant une redevance à titre de rémunération pour les graveurs de CD, les enregistreurs MP3 et les disques durs d'ordinateur⁸⁵. Quant à celle due pour les CD vierges, elle est alignée sur celle appliquée aux cassettes, ce qui ne semble pas équitable eu égard à la nette supériorité qualitative des enregistrements numériques⁸⁶. Les réflexions sur le deuxième volet de la réforme (« deuxième corbeille »)⁸⁷ devraient aboutir à l'intégration, parmi les appareils donnant lieu à rémunération, des supports de stockage qui, seuls ou en association avec d'autres appareils, supports ou accessoires, sont utilisés pour effectuer des reproductions en nombre non négligeable.

b) Reproductions par photocopie

Outre le droit à rémunération prévu par l'article 54 (1), la rémunération due en cas de reproduction par photocopie (art. 54a (1)) peut également avoir de l'importance dans le domaine du multimédia. Ce droit s'applique à des œuvres dont on peut s'attendre à ce qu'elles soient reproduites pour un usage privé par photocopie ou par un procédé comparable.

L'avènement du numérique pose la question de savoir si la numérisation de données analogiques – par exemple par scannage – doit être considérée comme assimilable à la photocopie. À cet égard, tout procédé devrait être considéré comme tel, dès lors qu'il aboutit à une fixation physique de

(84) V. C. Cichon, Musikpiraterie im Internet : K&R 1999, p. 547.

(85) V. H. Däubler-Gmelin, Private Vervielfältigung unter dem Vorzeichen digitaler Technik : ZUM 1999, p. 769, p. 771.

(86) C. Cichon, préc., p. 547, p. 552.

(87) Proposition présentée le 27 sept. 2004 dans le cadre des travaux sur le deuxième volet de la réforme du droit d'auteur dans la société de l'information : < <http://www.urheberrecht.org/> >

l'œuvre⁸⁸. Par conséquent, la réponse diffère selon que la numérisation se traduit (comme la photocopie) par la fixation physique de l'œuvre ou non. Il est permis d'en douter si l'on considère que la numérisation consiste à charger des données dans une mémoire vive. Mais elle n'en reste pas à ce stade : au final, elle permet d'enregistrer durablement les réalisations d'autrui sur le disque dur d'un ordinateur ou sur un CD et constitue, de ce fait, un procédé comparable à la photocopie.

En outre, l'article 54a (1) dispose qu'il y a droit à rémunération à condition que les appareils soient « destinés » à la réalisation de reproductions. En d'autres termes, il faut que l'appareil soit techniquement adapté à la réalisation de reproductions et ait été prévu pour cela⁸⁹. Les scanners⁹⁰, les sampleurs et les télécopieurs⁹¹ répondent à cette définition. La situation n'est pas encore claire en ce qui concerne les PC, les modems et les disques durs ; début février 2003, la commission d'arbitrage du DPMA a estimé que les PC devaient donner lieu au paiement d'une redevance à titre de rémunération⁹². Ce n'est pas le cas des systèmes de stockage optiques puisque l'article 54a (1) ne vise que les appareils destinés à la réalisation de reproductions.⁹³

Selon l'article 54h (1), les droits à rémunération ne peuvent être exercés que par l'entremise d'une société de gestion. En ce qui concerne les droits conférés par l'article 54 (1), c'est la *Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ)*, dont le siège est à Munich, qui est compétente. Les droits visés par l'article 54a (1), sont, lorsqu'ils portent sur des textes littéraires, perçus par la société VG Wort. En revanche, pour les œuvres d'art et les réalisations scientifiques ou techniques, cette mission incombe à la VG Bild-Kunst.

I. – Octroi de licences obligatoires en vertu du droit de la concurrence

Il serait envisageable, dans certains cas spécifiques, d'étendre la portée des limitations sur le fondement du droit de la concurrence, en prenant pour base l'article 82⁹⁴ du Traité instituant la Communauté européenne, qui interdit l'exploitation abusive par les entreprises d'une position dominante sur le marché⁹⁵. En la matière, la décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans l'affaire *Magill* est restée dans les annales.

Dans cette affaire, la CJCE a estimé que l'exercice des droits d'exploitation conférés par la loi sur le droit d'auteur pouvait être examiné à la lumière du droit de la concurrence. La BBC et ITV avaient refusé à l'éditeur canadien Magill l'accès à des listes contenant les programmes télévisés des semaines

(88) U. Loewenheim, in G. Schricker (éd.), *Urheberrecht*, München, Beck, 2^e éd., 1999, § 54a n° 6.

(89) V. BGH, 28 janv. 1993, Readerprinter : BGHZ 121, p. 215, p. 218 f. D'après le droit applicable auparavant, le critère d'adaptation technique suffisait ; sur l'article 53 (5) phrase 1 de la loi sur le droit d'auteur, v. BGH, 19 déc. 1980, Videorecorder : GRUR 1981, p. 355 sq. ; BGH, 18 sept. 1981, Tonfilmgeräte : GRUR 1982, p. 104 sq.

(90) BGH, 5 juill. 2001, Scanner : WRP 2002, p. 219. OLG Hambourg, 3 déc. 1998 : CR 1999, p. 415.

(91) BGH, 28 janv. 1999, I ZR 208/96 : ZUM 1999, p. 649. Dans le même sens, OLG Zweibrücken, 15 nov. 1996 : CR 1997, p. 348 ; LG Düsseldorf, 14 avr. 1993 : NJW-RR 1994, p. 1202 ; CR 1994, p. 224.

(92) < <http://www.vgwort.de/patentamt.php> >

(93) À cet égard, v. supra tout ce qui concerne le droit de reproduction.

(94) Sur les licences obligatoires selon l'article 24 de la loi allemande sur les brevets (PatG), v. BGH 13 juill. 2004, KZR 40/02.

(95) S. Bechtolsheim et F. Bechtolsheim, *Die Essential Facilities Doktrin und § 19 (4) Nr. 4 GWB* : WRP 2002, 55 ; W. Deselaers, *Die « Essential Facilities » -Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH* : EuZW 1995, 563 ; J. Schwarze, *Der Schutz des geistigen Eigentums im europäischen Wettbewerbsrecht* : EuZW 2002, 75.

suivantes. Magill en avait besoin pour pouvoir commercialiser un guide de programmes télévisés. Les deux chaînes ont invoqué le droit d'auteur que le droit britannique leur conférait sur les listes de programmes, alors qu'elles-mêmes n'étaient pas présentes sur le marché des guides de programmes télévisés. La CJCE a considéré qu'il y avait là un risque d'exploitation abusive d'une position dominante⁹⁶, tout en précisant que l'application du droit de la concurrence à des affaires impliquant le droit d'auteur ne devait être possible qu'en cas de « circonstances exceptionnelles ».

La CJCE a attendu l'affaire *Bronner*⁹⁷ pour donner une interprétation précise de ces « circonstances exceptionnelles ». Elle a estimé que la livraison de l'information était « indispensable » à l'édition du guide. Elle a ajouté que le refus n'était pas « justifié par des considérations objectives » et, enfin, qu'il était de nature à « exclure toute concurrence sur le marché dérivé ». Il ressort de cette jurisprudence que trois conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'il y ait obligation de contracter : le refus d'accorder le contrat de licence doit être de nature à empêcher la concurrence sur le marché dérivé ; le refus ne doit pas être justifié par des raisons objectives ; la prestation refusée doit être indispensable, en d'autres termes irremplaçable. Dès lors que ces conditions sont remplies, l'obligation de contracter apparaît comme l'ultime solution par rapport à la mise en place de structures de collecte de l'information et de distribution propres.

Outre l'affaire *Magill*, le procès instruit dans l'affaire *IMS Health*⁹⁸ offre également l'occasion de réfléchir aux limites de l'exercice de prérogatives conférées par le droit d'auteur pour s'imposer sur un marché et surtout le dominer. Le 3 juillet 2001, la Commission européenne a publié une décision ordonnant à la société IMS Health, leader du marché de la collecte de données sur la distribution de médicaments, d'accorder des licences pour sa structure de base de données à 1860 modules⁹⁹. Cette structure, qui permet de diviser le territoire allemand en segments de distribution (appelés modules), a fini par s'imposer comme norme nationale pour l'industrie pharmaceutique. La Commission a considéré le refus d'IMS Health d'octroyer des licences pour l'utilisation de sa structure protégée par le droit d'auteur comme une preuve *prima facie* de son abus de position dominante¹⁰⁰. Elle a fait obligation à l'entreprise de permettre à ses concurrents d'utiliser sa structure dans des conditions non discriminatoires et correctes d'un point de vue commercial. Elle estimait que le refus d'IMS Health empêchait de nouvelles entreprises d'accéder au marché de l'information sur la distribution des produits pharmaceutiques et

(96) CJCE, 6 avr. 1995, aff. jointes 241/01P et 242/31P, *Magill Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission des communautés européennes* : GRUR Int. 1995, p. 490 ; EuGHE 1995, n° 54-56, p. 743. V. à ce sujet W. Deselaers, *Die « Essential Facilities » – Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH* : EuZW 1995, p. 563 sq. ; R. Bechtold, *Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rechtssache « Magill »* : EuZW 1995, p. 345 sq. ; H.-P. Götting : JZ 1996, p. 307 sq. ; K. H. Pily : GRUR Int. 1995, p. 956 sq.

(97) CJCE, 26 nov. 1998, aff. 7/97, *Oscar Bronner c/ Mediaprint* : EuZW 1999, p. 86 ; NJW 1999, p. 2259.

(98) V. « Das EU Wettbewerbsrecht bedroht das Urheberrecht », art. publié par F. Immenga dans le *Frankfurter Allgemeine Zeitung* du 9 mai 2001, p. 29.

(99) Aff. NDC Health c/ IMS Health, COMP D3/38.044 : mesures provisoires ; la décision se fonde sur l'article 3 du règlement, n° 17.

(100) La Cour d'appel (OLG) de Francfort en a jugé autrement dans le cadre d'un procès sur une action en cessation introduite par IMS Health : arrêt du 19 juill. 2001 : MMR 2002, p. 687 ; de même : LG Francfort, 16 nov. 2000 – 2/3 O 359/00.

était de nature à entraîner des préjudices graves et irrémédiables pour ses concurrents¹⁰¹.

Suite à l'action engagée par IMS Health à l'encontre de la décision de la Commission, le tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) a, dans une ordonnance de référé rendue le 26 octobre 2001, tranché en faveur d'IMS Health et sursis à l'exécution de la décision de la Commission jusqu'à ce qu'il soit statué sur le fond¹⁰². Le TPICE a profité de ce que la Commission s'était livrée à une interprétation large (contestée par IMS Health) des conditions qui, dans l'arrêt *Magill*, avaient permis d'établir qu'un droit de propriété intellectuelle était utilisé pour abuser d'une position dominante, pour affirmer qu'il y avait des preuves *prima facie* justifiant le prononcé d'une ordonnance de référé en faveur d'IMS Health¹⁰³.

Dans sa décision, la Commission affirmait en effet qu'il y avait également abus dans les cas où le refus de licence empêchait « seulement » l'accès de titulaires potentiels d'une licence au même marché. Or, dans l'arrêt *Magill*, la CJCE avait considéré qu'il y avait abus de position dominante par l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle uniquement lorsque (1) le refus de licence empêchait l'apparition de nouveaux produits ou prestations pour lesquels (2) une demande potentielle existe sur des marchés dérivés et (3) lorsque l'objet visé par la licence est objectivement le seul pouvant constituer le point de départ indispensable à la fabrication du nouveau produit.

Dans sa décision, le TPICE a souligné que seul le jugement sur le fond permettrait de se prononcer sur le point de savoir si la nouvelle interprétation introduite par la Commission était conforme au droit¹⁰⁴. Il restait donc à déterminer si le champ d'application de la doctrine de la CJCE en matière d'abus de position dominante devait s'étendre, comme le pensait la Commission, à l'exercice du droit national de la propriété intellectuelle ou s'il fallait s'en tenir strictement aux conditions énoncées dans l'arrêt *Magill*. Dans l'intervalle, la CJCE a également rendu sa décision¹⁰⁵. Aux termes de cet arrêt, le refus d'une entreprise à laquelle un droit de propriété intellectuelle confère une position dominante, d'accorder à une autre entreprise une licence d'exploitation de ces droits, ne constitue pas un abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE. Il y a toutefois une exception, lorsque les conditions suivantes sont remplies : l'entreprise qui a demandé la licence a l'intention d'offrir, sur le marché de la fourniture des données en cause, des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs ; le refus n'est pas motivé par des raisons objectives ; le refus est de nature à réserver au titulaire des droits de propriété intellectuelle le marché de la fourniture des données sur les ventes de produits pharmaceutiques dans l'État membre concerné, en excluant toute concurrence sur celui-ci.

(101) Décision de la Commission du 13 août 2003 (aff. NDC Health/IMS Health, COMP D3/38.044 : mesures provisoires) ; v. également le communiqué de presse « La Commission impose des mesures provisoires à IMS Health en Allemagne », 3 juill. 2001 – IP/01/941.

(102) TPICE, 26 oct. 2001, aff. T-184/01, IMS Health c/ Commission des Communautés européennes.

(103) TPICE, 26 oct. 2001, préc., n° 100-106.

(104) TPICE, 26 oct. 2001, préc., n° 102.

(105) CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-418/01, IMS Health c/ NDC Health : GRUR 2004, p. 524.

III. – Conclusion

Il apparaît donc que les discussions en droit d'auteur sur les limites en France et en Allemagne présentent de fortes similitudes et reconnaissent des limitations au profit de l'intérêt général. L'interprétation de ces limites est toutefois réellement différente : en France plutôt conservatrice et étroite, en Allemagne toujours plus tempérée par des considérations constitutionnelles. Il y a donc dans ce domaine encore matière à discussions pour de futures rencontres franco-allemandes sur le droit d'auteur.