

Paraît chaque mois  
Abonnement annuel:  
145 francs suisses  
Fascicule mensuel:  
15 francs suisses

# Le Droit d'auteur

Revue mensuelle de  
l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)

101<sup>e</sup> année – N° 10  
Octobre 1988

## Sommaire

### NOTIFICATIONS RELATIVES AUX TRAITES

Convention OMPI. Adhésion: Malaisie . . . . . 383

### REUNIONS DE L'OMPI

Comité d'experts gouvernementaux chargé de faire l'évaluation et la synthèse des principes relatifs à différentes catégories d'oeuvres (Genève, 27 juin – 1<sup>er</sup> juillet 1988) (*première partie*) 384

### ETUDES

Le droit international privé et la protection des droits d'auteur : analyse de certains points spécifiques, par *György Boytha* . . . . . 422

Le droit international privé et la Convention de Berne, par *Georges Koumantos* . . . . . 439

### CORRESPONDANCE

Lettre d'Espagne, par *Esteban de la Puente Garcia* . . . . . 454

CALENDRIER DES REUNIONS . . . . . 466

## LOIS ET TRAITES DE DROIT D'AUTEUR ET DE DROITS VOISINS

(ENCART)

Note de l'éditeur

### NOUVELLE-ZELANDE

Loi portant modification de la loi de 1962 sur le droit d'auteur (N° 81, du 6 novembre 1986) . . . . . Texte 1-02

### ROYAUME-UNI

Ordonnance (modificative) de 1987 sur le droit d'auteur (Conventions internationales) (N° 2060, du 26 novembre 1987) . . . . . Texte 1-07

© OMPI 1988

La reproduction des notes et rapports officiels, des articles ainsi que des traductions de textes législatifs et conventionnels, publiés dans la présente revue, n'est autorisée qu'avec l'accord préalable de l'OMPI.

ISSN 0012-6365



## Notifications relatives aux traités

### Convention OMPI

#### Adhésion

#### MALAISIE

Le Gouvernement de la Malaisie a déposé le 1<sup>er</sup> octobre 1988 son instrument d'adhésion à la Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), signée à Stockholm le 14 juillet 1967.

Ladite convention telle que modifiée le 2 octobre 1979 entrera en vigueur, à l'égard de la Malaisie, le 1<sup>er</sup> janvier 1989.

*Notification OMPI N° 144, du 3 octobre 1988.*

## Réunions de l'OMPI

### Comité d'experts gouvernementaux chargé de faire l'évaluation et la synthèse des principes relatifs à différentes catégories d'oeuvres

(Genève, 27 juin - 1<sup>er</sup> juillet 1988)

*Note de la rédaction.* Avec le présent numéro commence la publication des documents du Comité d'experts gouvernementaux chargé de faire l'évaluation et la synthèse des principes relatifs à différentes catégories d'oeuvres. Ces documents sont le *document préparatoire* (ci-après dénommé "mé-morandum") rédigé par le Bureau international de l'OMPI et le secrétariat de l'Unesco (ci-après dé-nommés "secrétariats"), et le *rapport* du comité. On trouvera dans ce numéro la première partie du mémorandum, qui contient l'introduction au mé-morandum et le projet de principes concernant quatre catégories d'oeuvres (les oeuvres audiovisuelles, les phonogrammes, les oeuvres d'architec-ture et les oeuvres des beaux-arts), ainsi que les observations relatives à ce projet de principes. Dans le numéro de novembre 1988, nous publi-rons la deuxième partie du mémorandum, qui contient le projet de principes concernant quatre autres catégories d'oeuvres (les oeuvres dramati-ques et chorégraphiques, les oeuvres musicales, les oeuvres des arts appliqués et les oeuvres imprimées) et les observations relatives à ce projet de principes, ainsi qu'un additif au mémorandum (sur les oeuvres photographiques). Enfin, dans le nu-méro de décembre 1988, nous terminerons la publi-cation de cette série de documents par le rapport du comité.

#### Evaluation et synthèse des principes relatifs à la protection du droit d'auteur et des droits voisins afférents à différentes catégories d'oeuvres

MEMORANDUM PREPARE PAR LES SECRETARIATS

#### Première partie

#### Introduction

1. Les organes directeurs de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) et de l'Organisation Mondiale

de la Propriété Intellectuelle (OMPI) chargés d'éta-blir les programmes des deux organisations (voir en particulier, en ce qui concerne l'Unesco, le para-gra-phe 15115 du programme et budget approuvés pour 1986-1987 (23 C/5 approuvé) et, en ce qui concerne l'OMPI, le poste PRG.04 de l'annexe A du document AB/XVI/2 et le paragraphe 105 du document AB/XVI/23) ont prévu, pour l'exercice biennal 1986-1987, une nouvelle manière d'envisa-ger les questions d'actualité en matière de droit d'auteur.

2. Alors que les travaux menés au cours de l'exer-cice biennal 1984-1985 étaient essentiellement centrés sur les *utilisations nouvelles* (notamment, télévision par câble, reproduction privée, location et prêt, radiodiffusion directe par satellites de com-munication) ayant une incidence sur les intérêts des titulaires et autres bénéficiaires du droit d'au-teur et sur les droits des artistes interprètes ou exé-cutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (ci-après dénommés "droits voisins"), les questions particulières à exa-miner au cours de l'exercice biennal 1986-1987 ont été groupées par grandes *catégories d'oeuvres*. Pour chaque catégorie, il a été tenu compte des diverses utilisations auxquelles ces oeuvres peuvent se prê-ter, notamment des utilisations fondées sur les tech-niques nouvelles, ainsi que des intérêts des divers types de titulaires et bénéficiaires du droit d'auteur ou des droits voisins sur ces oeuvres.

3. Conformément aux décisions mentionnées ci-dessus, les secrétariats de l'Unesco et de l'OMPI (ci-après dénommés "les secrétariats") ont dû as-surer la préparation, la convocation et le service de réunions des comités d'experts gouvernementaux sur les huit catégories d'oeuvres suivantes : oeuvres imprimées, oeuvres audiovisuelles, phonogrammes, oeuvres des arts visuels, oeuvres d'architecture, oeuvres des arts appliqués, oeuvres dramatiques et chorégraphiques, oeuvres musicales.

4. Afin de réduire le nombre des réunions et étant donné que certaines des huit catégories d'oeu-

vres mentionnées au paragraphe 3 ci-dessus sont étroitement liées entre elles, un comité d'experts gouvernementaux a traité des oeuvres audiovisuelles et des phonogrammes et un autre, des oeuvres dramatiques et chorégraphiques et des oeuvres musicales.

5. Six comités d'experts gouvernementaux se sont donc réunis :

- Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes (Paris, 2-6 juin 1986);
- Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres d'architecture (Genève, 20-22 octobre 1986);
- Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres des arts visuels (Paris, 16-19 décembre 1986);
- Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres dramatiques, chorégraphiques et musicales (Paris, 11-15 mai 1987);
- Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres des arts appliqués (Genève, 5-9 octobre 1987);
- Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres imprimées (Genève, 7-11 décembre 1987).

6. Ont participé aux réunions d'un, de plusieurs ou de la totalité des comités d'experts gouvernementaux les délégations gouvernementales de 76 pays (Algérie, Allemagne (République fédérale d'), Angola, Arabie saoudite, Argentine, Australie, Autriche, Bangladesh, Bolivie, Brésil, Burundi, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Danemark, Djibouti, Egypte, Equateur, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Ghana, Guatemala, Guinée, Hongrie, Inde, Iran, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kampuchea démocratique, Kenya, Koweït, Liban, Madagascar, Mali, Maroc, Mexique, Népal, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Oman, Panama, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République centrafricaine, République de Corée, République démocratique allemande, République-Unie de Tanzanie, Royaume-Uni, Saint-Siège, Sénégal, Sri Lanka, Suède, Suisse, Syrie, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Togo, Tunisie, Turquie, Union soviétique, Uruguay, Venezuela, Yémen, Yougoslavie), ainsi que des observateurs du Congrès national africain (ANC) et de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP).

7. Ont aussi participé aux réunions d'un, de plusieurs ou de la totalité des comités d'experts gouvernementaux des observateurs de huit organisations intergouvernementales (Agence de coopération culturelle et technique (ACCT), Bureau inter-

gouvernemental pour l'informatique (IBI), Commission des Communautés européennes (CCE), Ligue des Etats arabes (LEA), Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), Organisation arabe pour l'éducation, la culture et la science (ALECSO), Organisation de l'Unité africaine (OUA), Organisation internationale du travail (OIT)) et de 36 organisations internationales non gouvernementales (Alliance internationale de la distribution par câble (AID), Association internationale pour la promotion de l'enseignement et de la recherche en propriété intellectuelle (ATRIP), Association internationale d'archives sonores (IASA), Association internationale des arts plastiques (AIAP), Association juridique de l'Asie et du Pacifique occidental (LAWASIA), Association littéraire et artistique internationale (ALAI), Bureau international des sociétés gérant les droits d'enregistrement et de reproduction mécanique (BIEM), Chambre de commerce internationale (CCI), Confédération internationale des syndicats libres (CISL), Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC), Confédération internationale des travailleurs intellectuels (CITI), Conseil de l'industrie de la bande magnétique (ETIC), Conseil international de la musique (CIM), Conseil international des archives (CIA), Conseil international du cinéma et de la télévision (CICT), Conseil mondial de l'artisanat (CMA), Fédération internationale des acteurs (FIA), Fédération internationale des associations de distributeurs de films (FIAD), Fédération internationale des associations de producteurs de films (FIAPF), Fédération internationale des journalistes (FIJ), Fédération internationale des musiciens (FIM), Fédération internationale des journaux et publications (FIEJ), Fédération internationale des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes (IFPI), Fédération internationale des traducteurs (FIT), Fédération latino-américaine des artistes interprètes ou exécutants (FLAIE), Groupement international des éditeurs scientifiques, techniques et médicaux (STM), Institut international du théâtre (IIT), Institut Max Planck de droit étranger et international en matière de brevets, de droit d'auteur et de concurrence, Organisation catholique internationale du cinéma et de l'audiovisuel (OCIC), Organisme de radiodiffusion des pays non alignés (ORDNA), Secrétariat international des syndicats des arts, des mass media et du spectacle (SISS), Société internationale pour le droit d'auteur (INTERGU), Union européenne de radiodiffusion (UER), Union interafricaine des avocats (UIAA), Union internationale des architectes (UIA), Union internationale des éditeurs (UIE)).

8. Les travaux des comités d'experts gouvernementaux se sont déroulés sur la base de mémoran-

dums (un par comité) préparés par les secrétariats (documents UNESCO/OMPI/CGE/AWP/3, UNESCO/OMPI/CGE/WA/3, UNESCO/OMPI/CGE/VAR/3, UNESCO/OMPI/CGE/DCM/3, UNESCO/OMPI/CGE/AAR/3 et UNESCO/OMPI/CGE/PW/3-I et II, respectivement).

9. Dans les mémorandums, les secrétariats récapitulaient les divers problèmes relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins qui se posent pour les huit catégories d'oeuvres susmentionnées et proposaient certains "principes" qui, avec les observations dont ils étaient assortis, étaient destinés à guider les gouvernements lorsqu'ils auraient à traiter de tels problèmes. Ils soulignaient que ces principes — tels qu'ils étaient proposés ou se dégageaient des travaux des comités d'experts gouvernementaux — n'avaient aucune force obligatoire à l'égard de quiconque. Leur seul but était de suggérer des solutions propres à sauvegarder les droits des auteurs et des autres titulaires de droits sur des oeuvres littéraires ou artistiques ou sur d'autres créations protégées par le droit d'auteur ou des droits voisins et à leur assurer ainsi un traitement équitable, favorisant une activité créatrice éminemment nécessaire au développement culturel de toute nation. Par ailleurs, les solutions proposées étaient destinées à faciliter, pour les créateurs comme pour les utilisateurs, l'utilisation des oeuvres protégées, la représentation ou l'exécution des oeuvres, etc.

10. Les secrétariats, dans leurs mémorandums, et les comités d'experts gouvernementaux ont adopté deux manières différentes d'envisager les huit catégories d'oeuvres mentionnées plus haut, au paragraphe 3. Pour les oeuvres audiovisuelles, les phonogrammes et les oeuvres imprimées, ils se sont limités à l'examen de certaines questions d'actualité, notamment celles que soulevaient les techniques nouvelles. Il y avait deux raisons à cela : premièrement, ces catégories d'oeuvres occupaient le centre des débats depuis longtemps, si bien que toutes les autres questions importantes touchant à leur protection par le droit d'auteur avaient déjà été évoquées; deuxièmement, les questions d'actualité les concernant (piraterie, reprographie, enregistrement à domicile, location et prêt, distribution par câble, radiodiffusion par satellites, etc.) donnaient déjà, en soi, largement matière à débat. Pour les quatre autres catégories d'oeuvres, l'optique adoptée a été plus complète. Nombre de questions concernant leur protection ne figuraient pas depuis très longtemps à l'ordre du jour, car elles ne présentaient pas de rapports étroits avec les progrès techniques les plus importants. Aussi les comités d'experts gouvernementaux qui ont débattu de ces catégories

d'oeuvres ont-ils examiné la protection du droit d'auteur et des droits voisins dans la quasi-totalité de ses aspects.

11. Par ailleurs, certaines questions étant communes à deux — et parfois plus — des huit catégories mentionnées, pour éviter toute répétition inutile, on ne les a examinées de manière détaillée que dans le cadre de la catégorie d'oeuvres pour laquelle elles paraissaient les plus typiques et les plus importantes. Dans les mémorandums sur d'autres catégories d'oeuvres, les secrétariats ont simplement fait référence à ceux qui contenaient déjà des analyses détaillées de ces questions.

12. Lors des réunions des six comités d'experts gouvernementaux, tout en soulignant l'excellente qualité des mémorandums et en déclarant que, pour l'essentiel, ils considéraient comme acceptables les principes et les observations qui y étaient présentés, les participants ont formulé plusieurs remarques et propositions concernant certains d'entre eux. Il est rendu compte de ces remarques et propositions dans les rapports des réunions (documents UNESCO/OMPI/CGE/AWP/4, UNESCO/OMPI/CGE/WA/4, UNESCO/OMPI/CGE/VAR/4, UNESCO/OMPI/CGE/DCM/4, UNESCO/OMPI/CGE/AAR/4 et UNESCO/OMPI/CGE/PW/4, respectivement).

13. A la vingt-septième session (10<sup>e</sup> session extraordinaire) du Comité exécutif de l'Union de Berne et à la septième session du Comité intergouvernemental de la Convention universelle sur le droit d'auteur qui se sont tenues à Genève en juin 1987 — sessions que ces deux comités (ci-après dénommés "comités du droit d'auteur") ont tenues en commun — les secrétariats ont par ailleurs présenté un rapport sur l'état d'avancement des travaux (document B/EC/XXVII/10 - IGC(1971)/VII/13) des comités d'experts gouvernementaux qui s'étaient réunis jusqu'alors et sur la préparation des réunions des autres comités d'experts gouvernementaux. Dans ce document, les secrétariats informaient aussi les comités du droit d'auteur que l'Unesco et l'OMPI envisageaient de convoquer, pour réexaminer, parfaire et unifier les principes relatifs à différentes catégories d'oeuvres, le comité d'experts gouvernementaux à l'intention duquel le présent mémorandum a été établi.

14. Les comités du droit d'auteur ont pris note des informations qui leur avaient été communiquées. Les secrétariats ont été félicités pour avoir adopté, en matière de droit d'auteur et de droits voisins, une nouvelle manière d'aborder les ques-

tions qui a été jugée à la fois très utile et positive et de nature à contribuer à l'harmonisation des législations nationales.

15. Au sujet du comité d'experts gouvernementaux à l'intention duquel le présent mémorandum a été établi, on a souligné que ce mémorandum devrait tenir compte de l'ensemble des vues exprimées et des intérêts en jeu et on a suggéré qu'il traite tous les aspects de l'évolution des techniques et de la pratique.

16. A sa onzième session ordinaire, tenue à Genève en juillet 1987, le Comité intergouvernemental de la Convention de Rome a aussi été informé oralement des réunions des comités d'experts gouvernementaux sur différentes catégories d'oeuvres, ainsi que de l'intention des secrétariats de convoquer le comité d'experts gouvernementaux pour lequel le présent mémorandum a été établi. Le comité intergouvernemental a pris note des informations qui lui avaient été communiquées. Le secrétariat a été félicité de la haute qualité des principes relatifs à la protection du droit d'auteur et des droits voisins afférents à différentes catégories d'oeuvres, principes qui, a-t-on déclaré, "offrent des éléments extrêmement importants, riches en idées neuves" dans le domaine du droit d'auteur et dans celui des droits voisins.

17. Les organes directeurs de l'Unesco et de l'OMPI chargés d'établir les programmes des deux organisations (voir en particulier, en ce qui concerne l'Unesco, le paragraphe 15115 du programme et budget approuvés pour 1988-1989 (24C/5 approuvé) et, en ce qui concerne l'OMPI, le poste PRG.03.4) de l'annexe A du document AB/XVIII/2 et le paragraphe 173 du document AB/XVIII/14) ont pris deux décisions concernant la suite du programme d'élaboration de principes relatifs à différentes catégories d'oeuvres. Premièrement, il a été décidé qu'un comité d'experts gouvernementaux serait convoqué conjointement par les deux organisations pour examiner une catégorie d'oeuvres supplémentaire, à savoir les oeuvres photographiques; deuxièmement, il a été décidé de convoquer de la même manière le comité d'experts gouvernementaux à l'intention duquel le présent document a été établi. Ce comité devrait être chargé, d'une part, de faire l'évaluation et la synthèse des principes de protection élaborés, pour huit catégories d'oeuvres, au cours de l'exercice biennal 1986-1987, et pour les oeuvres photographiques, en 1988, et d'autre part, de réexaminer, parfaire et unifier (termes employés dans le programme de l'OMPI) ces principes afin de faire suite aux conclusions formulées par les comités d'experts gouvernementaux (termes employés dans le programme de l'Unesco).

18. Le présent mémorandum contient l'évaluation et la synthèse — mentionnées au paragraphe précédent — des principes relatifs aux huit catégories d'oeuvres examinées au cours de l'exercice biennal 1986-1987. Le Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres photographiques se réunira à Paris en avril 1988. De plus, en mai ou juin 1988, un mémorandum distinct pour cette catégorie d'oeuvres sera rédigé et distribué en tant qu'additif du présent document.

19. L'ensemble révisé de principes relatifs aux huit catégories d'oeuvres énumérées plus haut est reproduit dans la deuxième partie du présent mémorandum. Les mémorandums établis à l'intention des différents comités d'experts gouvernementaux, ainsi que les rapports de leurs réunions (voir les paragraphes 8 et 12) ne sont pas reproduits en annexe car ils ont tous été distribués antérieurement. Il est néanmoins possible de les obtenir sur demande.

20. Le présent mémorandum suit l'ordre dans lequel les huit catégories d'oeuvres ont été examinées (voir le paragraphe 5) et non celui dans lequel elles ont été mentionnées dans les programmes de l'Unesco et de l'OMPI dont il est question au paragraphe 1. La structure des principes a été préservée autant que possible, de manière à faciliter le renvoi à des versions précédentes ainsi qu'aux observations et débats dont elles ont fait l'objet.

21. Dans la troisième partie du mémorandum, les secrétariats donnent les raisons des modifications qu'ils proposent d'apporter au texte des principes (sauf lorsqu'il s'agit de corrections mineures) et ils renvoient à certaines propositions qui avaient été formulées lors des réunions d'experts gouvernementaux mais qui, pour divers motifs, ne paraissent pas justifier des modifications. D'une manière générale, ils ne mentionnent pas les suggestions qui, comme indiqué dans les rapports des réunions correspondantes, n'ont pas recueilli un appui notable ou ont été examinées mais rejetées. Lorsque, pour telle ou telle catégorie d'oeuvres, il est question de la "réunion du comité d'experts gouvernementaux" ou, plus simplement, de "la réunion", il faut entendre par là la réunion du comité d'experts gouvernementaux (voir plus haut, le paragraphe 5) chargé de cette catégorie d'oeuvres; de même, lorsque pour telle ou telle catégorie d'oeuvres, il est question du "mémorandum", il faut entendre par là le mémorandum (voir plus haut, le paragraphe 8) que les secrétariats ont établi à l'intention du comité d'experts gouvernementaux chargé de cette catégorie d'oeuvres; enfin, lorsque pour telle ou telle catégorie d'oeuvres, il est question du "rapport", il faut entendre par là le rapport (voir plus haut, le para-

graphe 12) adopté par le comité d'experts gouvernementaux chargé de cette catégorie d'oeuvres.

22. Afin de faciliter la tâche des utilisateurs du mémorandum, une table des matières figure en an-

nexe de la présente partie. Elle renvoie, pour des thèmes donnés, aux principes correspondants de la deuxième partie et aux observations correspondantes de la troisième partie du présent mémorandum.

### Table des matières

<i>Sujets</i>	<i>Partie II Principes</i>	<i>Partie III Observations (paragraphes)</i>
OBSERVATIONS GENERALES		1 à 4
OEUVRES AUDIOVISUELLES		5 à 53
Piraterie	AW1	5 à 11
Reproduction privée ("enregistrement à domicile")	AW2 à AW8	12 à 18
Location	AW9 et AW10	19 et 20
Radiodiffusion par satellite		21 à 49
Radiodiffusion directe par satellite	AW11 à AW14	21 à 45
Satellites du service fixe	AW15 à AW19	46 à 49
Distribution par câble	AW20 à AW34	50 et 51
Distribution par câble de programmes transmis par satellites du service fixe	AW35 à AW38	52 et 53
PHONOGRAMMES		54 à 95
Le régime juridique de la protection des phonogrammes		57 à 88
Piraterie	PH1	89
Utilisations secondaires de phonogrammes aux fins de radiodiffusion ou de toute autre forme de communication au public	PH2	90
Reproduction privée ("enregistrement à domicile")	PH3 à PH9	91
Location	PH10 à PH13	92
Radiodiffusion par satellite		93
Radiodiffusion directe par satellite	PH14 à PH17	
Satellites du service fixe	PH18 à PH22	
Distribution par câble	PH23 à PH42	94
Distribution par câble de programmes transmis par satellites du service fixe	PH43 à PH46	95
OEUVRES D'ARCHITECTURE		96 à 103
Créations à protéger en tant qu'oeuvres d'architecture	WA1 et WA2	97 et 98
Droits patrimoniaux	WA3 et WA4	99 et 100
Droits moraux	WA5 et WA6	101 et 102
La protection de l'image externe des oeuvres d'architecture	WA7	103
OEUVRES DES BEAUX-ARTS		104 à 120
Créations à protéger en tant qu'oeuvres des beaux-arts	FA1	106 et 107
L'utilisation des systèmes informatiques pour la création d'oeuvres des beaux-arts	FA2 et FA3	108
Distinction entre le droit d'auteur sur l'oeuvre et le droit de propriété sur le support matériel de l'oeuvre ou sur un exemplaire de l'oeuvre	FA4	109 et 110
Droits moraux	FA5	111
Droits patrimoniaux	FA6	112 à 119
Droit de suite	FA7	120



## Deuxième partie

### Projet de principes

#### OEUVRES AUDIOVISUELLES

##### *Piraterie*

*Principe AW1.* 1) La piraterie des oeuvres audiovisuelles s'entend de

*a)* la fabrication, ou la préparation de la fabrication, de copies d'oeuvres audiovisuelles à une échelle commerciale et sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur sur ces oeuvres et des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés (ci-après dénommées "copies pirates"); et/ou

*b)* le conditionnement ou la préparation du conditionnement, l'exportation, l'importation et le transit, l'offre à la vente, à la location, en prêt ou sous toute autre forme de distribution, la vente, la location, le prêt ou toute autre forme de distribution, et la possession avec l'intention d'effectuer l'un de ces actes, de copies pirates pourvu que de tels actes soient commis à une échelle commerciale et sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres audiovisuelles et des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés.

2) La piraterie est une activité illicite et criminelle — une forme de vol — et à ce titre, elle est profondément antisociale et contraire à l'intérêt public et ne porte pas seulement atteinte aux droits privés des individus.

3) Pour éliminer la piraterie, les Etats devraient prendre des mesures efficaces adaptées au caractère illicite, criminel et antisocial de cette pratique. Les mesures en question devraient comprendre au moins les éléments suivants :

*a)* une condamnation publique, ferme et inconditionnelle de la piraterie;

*b)* des mesures de protection du droit d'auteur qui correspondent, au moins, aux dispositions de la Convention de Berne et de la Convention universelle sur le droit d'auteur, et qui prennent aussi pleinement en compte les nouvelles utilisations des oeuvres littéraires et artistiques;

*c)* des sanctions pénales suffisamment sévères pour punir et décourager la piraterie (notamment des amendes et/ou — de préférence — des peines de prison semblables à celles prévues dans le pays concerné pour d'autres atteintes graves à la propriété);

*d)* des dispositions pour la saisie et la destination ultérieure — y compris la destruction — des copies pirates et du matériel utilisé pour leur fabrication;

*e)* des dispositions prévoyant une entière indemnisation par des dommages-intérêts;

*f)* l'application rapide et effective des sanctions mentionnées aux alinéas *c)*, *d)* et *e)*;

*g)* des procédures destinées à permettre de déceler et de prouver plus facilement la piraterie y compris la saisie avant le procès des copies, du matériel et des documents, le gel des avoirs, le financement et la mise en place suffisamment effective d'organismes d'exécution et des présomptions en faveur des plaignants au regard de la titularité du droit d'auteur;

*h)* des mesures rapides et effectives pour empêcher la mise en circulation, l'exportation et l'importation de copies pirates;

*i)* la promotion de la coopération internationale entre les autorités de police et celles des douanes.

4) Les Etats qui ne sont pas encore parties aux conventions mentionnées à l'alinéa 3)*b)* devraient activement envisager d'adhérer à ces conventions.

##### *Reproduction privée ("enregistrement à domicile")*

*Principe AW2.* La pratique généralisée de la reproduction des oeuvres audiovisuelles à des fins privées est préjudiciable aux intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur sur ces oeuvres. Les Etats parties à la Convention de Berne ou à la Convention universelle sur le droit d'auteur ont l'obligation d'atténuer ce préjudice.

*Principe AW3.* La façon la plus appropriée d'atténuer le préjudice mentionné dans le principe AW2 consiste à instituer une redevance sur les appareils d'enregistrement et/ou les supports matériels vierges (bandes magnétiques, cassettes). Cette redevance devrait être acquittée par les fabricants ou importateurs et encaissée par les organisations chargées de la gestion collective des droits en cause, et elle ne devrait pas être utilisée à des fins autres (telles que fiscales) que celle d'atténuer le préjudice mentionné au principe AW2. Les acquéreurs d'appareils d'enregistrement et/ou de supports matériels vierges pour lesquels la redevance a été payée sont autorisés à reproduire les oeuvres audiovisuelles à des fins privées au moyen de ces appareils et/ou de ces supports matériels.

*Principe AW4.* Les appareils d'enregistrement et les supports matériels exportés vers un autre pays devraient être exonérés de toute redevance dans le

pays de fabrication. Des exceptions à l'obligation de payer la redevance peuvent également être justifiées à l'égard de la reproduction à certaines fins éducatives et pour les personnes handicapées pourvu que cette reproduction ne serve pas à des fins commerciales.

*Principe AW5.* Les organisations de gestion collective devraient, après déduction de leurs frais administratifs réels strictement nécessaires, répartir les montants perçus entre les différents titulaires du droit d'auteur en fonction de la fréquence présumée de la reproduction de leurs oeuvres à des fins privées (par exemple, proportionnellement à la fréquence des diverses formes d'utilisation publique, telles que radiodiffusion, vente et location de vidéocassettes, etc.).

*Principe AW6.* Sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur concernés, ou des organismes les représentant, les montants perçus par les organisations de gestion collective ne devraient pas être employés à des fins (par exemple, culturelles générales, ou sociales) autres que celles qui sont définies dans le principe AW5.

*Principe AW7.* Les titulaires étrangers du droit d'auteur sur des oeuvres audiovisuelles devraient jouir des mêmes droits que les titulaires nationaux. Les organisations de gestion collective devraient leur appliquer les mêmes principes de répartition du produit de la redevance qu'aux titulaires nationaux. Le principe AW6 s'applique aussi aux titulaires étrangers du droit d'auteur : sans l'autorisation des organisations de gestion collective représentant ces titulaires du droit d'auteur, les montants qui leur sont dus ne devraient pas être employés à des fins autres que celles mentionnées dans le principe AW5.

*Principe AW8.* Dans la mesure où la pratique généralisée de la reproduction des oeuvres audiovisuelles à des fins privées porte aussi préjudice aux intérêts légitimes des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes ou des organismes de radiodiffusion, il convient, pour atténuer ce préjudice, de reconnaître à telle ou telle de ces catégories (ou aux trois) le droit de recevoir une part appropriée de la redevance mentionnée dans le principe AW3. En pareil cas, le montant total de la redevance devra être plus élevé que si celle-ci ne servait qu'à atténuer le préjudice causé aux titulaires du droit d'auteur et sera majoré en conséquence. Les principes AW4 à AW7 s'appliquent aussi, *mutatis mutandis*, au cas des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion.

## Location

*Principe AW9.* Les titulaires du droit d'auteur sur des oeuvres audiovisuelles devraient avoir un droit exclusif d'autoriser la location de reproductions de ces oeuvres, tant que lesdites oeuvres sont protégées par le droit d'auteur.

*Principe AW10.* Les législations nationales ne devraient pas obliger les titulaires du droit d'auteur sur des oeuvres audiovisuelles à exercer leur droit de location dans le cadre d'une gestion collective. Il convient de laisser à ceux-ci le soin de recourir à la gestion collective s'ils l'estiment souhaitable.

## Radiodiffusion par satellite

### Radiodiffusion directe par satellite

*Principe AW11.* La radiodiffusion par satellites de radiodiffusion directe est une radiodiffusion au sens de la Convention de Berne, de la Convention universelle sur le droit d'auteur et de la Convention de Rome. Par conséquent, lorsque des oeuvres audiovisuelles sont radiodiffusées par de tels satellites, les titulaires du droit d'auteur sur ces oeuvres, ainsi que les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés, devraient jouir des mêmes droits que dans le cas d'une radiodiffusion traditionnelle (par stations terrestres).

*Principe AW12.* C'est l'organisme de radiodiffusion se trouvant à l'origine de la radiodiffusion directe par satellite (donnant l'ordre de cette radiodiffusion) qui est responsable vis-à-vis des titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres audiovisuelles en cause et vis-à-vis des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés.

*Principe AW13.* Lorsque la communication publique (diffusion aux fins de réception par le public) s'effectue par le moyen d'un satellite de radiodiffusion directe, la communication (diffusion) se situe à la fois dans le pays qui est à l'origine des signaux porteurs du programme (ci-après : "le pays d'émission") et dans tous les pays qui sont couverts par l'"empreinte" du satellite (et au public desquels les oeuvres audiovisuelles en cause sont communiquées (ci-après : "les pays couverts par l'empreinte").

*Principe AW14.* En vertu de la Convention de Berne, de la Convention universelle sur le droit

d'auteur et de la Convention de Rome, qui prévoient toutes trois le traitement national, les lois nationales à la fois du pays d'émission et des pays de l'"empreinte" devraient être respectées. *Variante A* : Si les lois nationales concernées n'accordent pas le même type ou le même degré de protection, il convient d'appliquer le niveau de protection le plus élevé. *Variante B* : En règle générale, la loi du pays d'émission devrait être appliquée; cependant, si dans le pays d'émission les titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres audiovisuelles ou les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés, ne jouissent d'aucune protection (parce qu'il n'existe pas de protection, en général, ou que la libre utilisation est permise dans un cas particulier, ou que la durée de protection est expirée) et dans un pays couvert par l'"empreinte" ils jouissent d'une telle protection, ou si dans le pays d'émission leur droit est limité à un simple droit à rémunération (licence obligatoire) et dans le pays couvert par l'"empreinte" ils ont un droit exclusif d'autoriser, la loi du pays couvert par l'"empreinte" devrait être appliquée.

#### Satellites du service fixe

*Principe AW15.* 1) Dans le cas des satellites du service fixe, il convient de considérer l'ensemble du processus de diffusion des signaux porteurs du programme (émission, "liaison ascendante", "liaison descendante", transmission à partir de la station terrienne vers le public) comme une seule et même opération de radiodiffusion, composée de différentes phases pourvu que celui-ci soit décidé et programmé de façon certaine au moment de l'émission des signaux vers le satellite (ci-après dénommée : "la radiodiffusion au moyen d'un satellite du service fixe"). Lorsque des oeuvres audiovisuelles sont radiodiffusées par ce moyen du satellite du service fixe, les titulaires du droit d'auteur sur ces oeuvres, ainsi que les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés, devraient jouir des mêmes droits que dans le cas d'une radiodiffusion traditionnelle (par stations terriennes).

2) Si la diffusion des signaux porteurs du programme à partir de la station terrienne vers le public est encore suspendue à des décisions qui seront prises ultérieurement, soit par l'organisme de radiodiffusion d'origine ou par l'organisme de radiodiffusion transmettant le programme de la station terrienne vers le public, cette diffusion des signaux ne devrait pas être considérée comme une

radiodiffusion (mais comme une simple diffusion technique des signaux).

*Principe AW16.* L'organisme de radiodiffusion qui est à l'origine du programme et l'organisme de radiodiffusion qui le transmet à partir de la station terrienne réceptrice vers le public sont responsables — conjointement et solidairement — vis-à-vis des titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres audiovisuelles et vis-à-vis des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés pour ce qui est de la phase finale de radiodiffusion (à partir de la station terrienne vers le public). L'organisme d'origine est seul responsable vis-à-vis des titulaires des droits pour les phases qui précèdent la phase finale de la radiodiffusion.

*Principe AW17.* La radiodiffusion au moyen d'un satellite du service fixe se situe à la fois dans le pays à partir duquel les signaux porteurs du programme sont émis vers le satellite (ci-après : "le pays d'émission") et dans tous les pays où des stations terriennes diffusent des signaux vers le public (ci-après : "les pays de la phase finale de radiodiffusion").

*Principe AW18.* En vertu de la Convention de Berne, de la Convention universelle sur le droit d'auteur et de la Convention de Rome, qui prévoient toutes trois le traitement national, dans le cas de la radiodiffusion au moyen d'un satellite du service fixe, les lois à la fois du pays d'émission et des pays de la phase finale de radiodiffusion devraient être prises en considération. *Variante A* : Si les titulaires de droits font valoir ceux-ci à l'encontre de l'organisme qui transmet les signaux à partir de la station terrienne réceptrice vers le public, c'est la loi du pays de la phase finale de radiodiffusion qui devrait être appliquée. S'ils choisissent de les faire valoir à l'encontre de l'organisme transmettant les signaux vers le satellite, et si la loi du pays d'émission et la loi du pays de la phase finale de radiodiffusion n'accordent pas le même type ou le même degré de protection, il convient d'appliquer le niveau de protection le plus élevé. *Variante B* : En règle générale, la loi du pays de la phase finale de radiodiffusion devrait être appliquée; cependant, si dans le pays de la phase finale de radiodiffusion les titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres audiovisuelles ou les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés, ne jouissent d'aucune protection (parce qu'il n'existe pas de protection, en général, ou que la libre utilisation est permise dans un cas particulier, ou que la durée de protection est expi-

rée) et dans le pays d'émission ils jouissent d'une protection, la loi du pays d'émission devrait être appliquée.

*Principe AW19.* Si un satellite du service fixe diffuse des signaux qui peuvent être reçus par le grand public au moyen du matériel de réception d'usage courant auprès de ce public, il convient de considérer cette diffusion non pas comme une radiodiffusion au moyen d'un satellite du service fixe mais comme une radiodiffusion directe par satellite.

#### *Distribution par câble*

*Principe AW20.* Les auteurs ou tous autres titulaires du droit d'auteur devraient avoir le droit exclusif d'autoriser toute distribution par câble de leurs oeuvres radiodiffusées protégées par le droit d'auteur.

*Principe AW21.* Si le câblo-distributeur est différent du radiodiffuseur, l'autorisation mentionnée dans le principe AW20 peut être accordée soit au câblo-distributeur, soit au radiodiffuseur, auquel cas ce dernier est habilité à autoriser la distribution par câble de l'oeuvre radiodiffusée.

*Principe AW22.* L'autorisation mentionnée dans le principe AW20 peut être accordée par une organisation d'auteurs pour les oeuvres des auteurs qui lui ont délégué l'exercice du droit visé dans le principe précité.

*Principe AW23.* L'autorisation mentionnée dans le principe AW20 peut aussi être accordée par une organisation d'auteurs pour des oeuvres dont les auteurs ne lui ont pas délégué l'exercice du droit visé dans ce principe; toutefois, cette disposition n'est applicable que pour autant que ce pouvoir soit reconnu à ladite organisation par la loi applicable, que cette organisation soit tenue, en vertu de cette loi, de garantir le radiodiffuseur ou le câblo-distributeur contre les prétentions éventuelles de ces auteurs et qu'elle s'engage en outre à appliquer à ces derniers les mêmes principes de répartition des droits d'auteur et autres bénéfiques que ceux qu'elle applique aux auteurs qui lui ont délégué l'exercice du droit visé dans le principe AW20.

*Principe AW24.* Dans le cas où une organisation d'auteurs visée dans les principes AW22 et AW23 ne peut s'entendre avec le radiodiffuseur ou le câblo-distributeur, après des négociations menées de bonne foi, sur les conditions d'autorisation de la distribution par câble de l'oeuvre radiodiffusée, ces conditions devraient être fixées par un tribunal, un autre organe impartial déterminé par la loi ou dési-

gné à cet effet par les pouvoirs publics, ou encore par un organisme d'arbitrage dont le président sera désigné d'entente entre les parties ou, à défaut, par les pouvoirs publics et devraient garantir la protection du droit moral de l'auteur. Avant de fixer ces conditions, le tribunal, l'organe désigné ou l'organisme d'arbitrage compétent devrait donner à l'organisation d'auteurs ainsi qu'au radiodiffuseur ou au câblo-distributeur la possibilité de faire valoir son point de vue.

*Principe AW25.* Les sommes et autres dédommagements possibles perçus au titre des autorisations mentionnées dans le principe AW24 devraient, après déduction des frais administratifs qui s'y rapportent, être répartis entre les auteurs dont les oeuvres protégées ont été effectivement utilisées dans la distribution par câble des émissions, compte dûment tenu de l'ampleur de l'utilisation et de l'importance des oeuvres de chaque auteur, national ou étranger. Toutefois, les auteurs qui ont expressément délégué l'exercice de leurs droits à une organisation de gestion des droits des auteurs peuvent déroger à ce principe de répartition, sans préjudice des droits des auteurs qui n'auraient pas eux-mêmes expressément donné pouvoir à cette organisation.

*Principe AW26.* Ne saurait être assimilé à la distribution par câble de l'oeuvre radiodiffusée concernée le fait que l'émission de radiodiffusion, captée par une antenne de plus grandes dimensions que celles qui sont généralement utilisées pour la réception individuelle, soit transmise par câble à des récepteurs individuels situés dans une zone limitée constituée d'un même immeuble ou d'un groupe d'immeubles voisins, pour autant que la transmission soit effectuée à partir de cette zone et qu'elle n'ait pas de but lucratif.

*Principe AW27.* Les auteurs ou tous autres titulaires du droit d'auteur devraient avoir le droit exclusif d'autoriser la distribution de leurs oeuvres protégées par le droit d'auteur dans le cadre de programmes propres câblés.

*Principe AW28.* Les limitations du droit d'auteur, à l'exception des régimes de licences non volontaires de quelque nature que ce soit, qui sont admises par les conventions internationales et la loi nationale applicable à l'égard de la radiodiffusion de l'oeuvre, peuvent être étendues par la législation nationale à la distribution par câble de programmes propres câblés.

*Principe AW29.* Les artistes interprètes ou exécutants devraient avoir droit à une rémunération équitable pour la distribution par câble de leurs

interprétations ou exécutions radiodiffusées protégées par la loi.

*Principe AW30.* Le principe AW26 est applicable *mutatis mutandis* à la distribution par câble d'interprétations ou exécutions radiodiffusées.

*Principe AW31.* Les artistes interprètes ou exécutants devraient avoir droit à une rémunération équitable lorsque leurs interprétations ou exécutions protégées sont contenues dans des oeuvres audiovisuelles et distribuées par câble dans le cadre de programmes propres câblés.

*Principe AW32.* Les limitations du droit d'auteur, à l'exception des régimes de licences non volontaires de quelque nature que ce soit, qui sont admises par les conventions internationales et par la loi nationale applicable à l'égard de la radiodiffusion de l'oeuvre, peuvent être étendues par la législation nationale, *mutatis mutandis*, aux droits des artistes interprètes ou exécutants relativement à la distribution par câble de leurs prestations dans le cadre de programmes propres câblés.

*Principe AW33.* Les radiodiffuseurs devraient avoir le droit exclusif d'autoriser la distribution par câble simultanée et sans changement de leurs émissions ainsi que l'utilisation de leurs émissions dans le cadre de programmes propres câblés.

*Principe AW34.* 1) Le principe AW26 s'applique *mutatis mutandis* à la distribution par câble simultanée et sans changement d'émissions de radiodiffusion.

2) Les limitations du droit d'auteur, à l'exception des régimes de licences non volontaires de quelque nature que ce soit, qui sont admis par les conventions internationales et par la loi nationale applicable à l'égard de la radiodiffusion d'oeuvres protégées, peuvent être étendues, *mutatis mutandis*, aux droits des radiodiffuseurs relativement à la distribution par câble de leurs émissions dans le cadre de programmes propres câblés.

#### *Distribution par câble de programmes transmis par satellites du service fixe*

*Principe AW35.* Si des oeuvres audiovisuelles transmises par un satellite du service fixe — dans la phase finale de la communication publique — sont distribuées par câble, il convient de considérer qu'il s'agit d'une distribution dans le cadre d'un programme propre câblé et d'appliquer, en conséquence, les principes AW27, AW28, AW31 à AW33 et AW34, alinéa 2).

*Principe AW36.* En ce qui concerne la phase de la distribution par câble, l'organisme de radiodiffusion transmettant le programme par un satellite du service fixe et l'organisme distribuant le programme par câble devraient être considérés comme responsables — conjointement et solidairement — vis-à-vis des titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres audiovisuelles en cause et vis-à-vis des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés. En ce qui concerne les phases précédant la distribution par câble, seul l'organisme d'origine devrait être considéré comme responsable vis-à-vis desdits titulaires de droits.

*Principe AW37.* Lorsque la communication publique (diffusion aux fins de réception par le public) s'effectue par le moyen d'un satellite du service fixe — puis par câble — la communication se situe à la fois dans le pays à partir duquel les signaux porteurs du programme sont émis vers le satellite (ci-après : "le pays d'émission") et dans tous les pays où les signaux sont distribués par câble (ci-après : "les pays de distribution par câble").

*Principe AW38.* En vertu de la Convention de Berne, de la Convention universelle sur le droit d'auteur et de la Convention de Rome, qui prévoient toutes trois le traitement national, dans le cas de la distribution par câble de programmes transmis par satellite du service fixe, les lois du pays d'émission et des pays de distribution par câble devraient être prises en considération. *Variante A* : Si les titulaires des droits font valoir ceux-ci à l'encontre de l'organisme qui distribue les signaux par câble, c'est la loi du pays de distribution par câble qui devrait être appliquée. S'ils choisissent de les faire valoir à l'encontre de l'organisme qui a émis les signaux vers le satellite, et si la loi du pays d'émission et la loi du pays de distribution par câble n'accordent pas le même type ou le même degré de protection, il convient d'appliquer le niveau de protection le plus élevé. *Variante B* : En règle générale, la loi du pays de distribution par câble devrait être appliquée; cependant, si dans le pays de distribution par câble les titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres audiovisuelles ou les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés, ne jouissent d'aucune protection (parce qu'il n'existe pas de protection, en général, ou que la libre utilisation est permise dans un cas particulier, ou que la durée de protection est expirée) et dans le pays d'émission ils jouissent d'une protection, la loi du pays d'émission devrait être appliquée.

## PHONOGRAMMES

*Piraterie*

*Principe PH1.* 1) La piraterie des phonogrammes s'entend de

a) la fabrication, ou la préparation de la fabrication, de copies de phonogrammes à une échelle commerciale et sans l'autorisation des producteurs de phonogrammes et des auteurs des oeuvres littéraires et artistiques et des artistes interprètes ou exécutants dont les oeuvres et les exécutions sont, respectivement, contenues dans les phonogrammes (ci-après dénommés "copies pirates"); et/ou

b) le conditionnement ou la préparation du conditionnement, l'exportation, l'importation et le transit, l'offre à la vente, à la location, en prêt ou sous toute autre forme de distribution, la vente, la location, le prêt ou tout autre forme de distribution, et la possession avec l'intention d'effectuer l'un de ces actes, de copies pirates pourvu que de tels actes soient commis à une échelle commerciale et sans l'autorisation des producteurs de phonogrammes et des auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques et des artistes interprètes ou exécutants dont les oeuvres et les interprétations ou exécutions sont, respectivement, contenues dans les phonogrammes.

2) La piraterie est une activité illicite et criminelle — une forme de vol — et à ce titre, elle est profondément antisociale et contraire à l'intérêt public et ne porte pas seulement atteinte aux droits privés des individus.

3) Pour éliminer la piraterie, les Etats devraient prendre des mesures efficaces adaptées au caractère illicite, criminel et antisocial de cette pratique. Les mesures en question devraient comprendre au moins les éléments suivants :

a) une condamnation publique, ferme et inconditionnelle de la piraterie;

b) des mesures de protection pour les titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques, pour les artistes interprètes ou exécutants et pour les producteurs de phonogrammes, mesures qui correspondent au moins aux dispositions de la Convention de Berne, de la Convention universelle sur le droit d'auteur, de la Convention de Rome et de la Convention phonogrammes, et qui prennent aussi pleinement en compte les nouvelles utilisations des oeuvres littéraires et artistiques, des exécutions et des phonogrammes;

c) des sanctions pénales suffisamment sévères pour punir et décourager la piraterie (notamment des amendes et/ou — de préférence — des peines de prison semblables à celles prévues dans le pays concerné pour d'autres atteintes graves à la propriété);

d) des dispositions pour la saisie et la destination ultérieure — y compris la destruction — des copies pirates et du matériel utilisé pour leur fabrication;

e) des dispositions prévoyant une entière indemnisation par des dommages-intérêts;

f) l'application rapide et effective des sanctions mentionnées aux alinéas c), d) et e);

g) des procédures destinées à permettre de déceler et de prouver plus facilement la piraterie, y compris la saisie avant le procès des copies, du matériel et des documents, le gel des avoirs, le financement et la mise en place suffisamment effective d'organismes d'exécution et des présomptions en faveur des plaignants, au regard de la titularité du droit d'auteur;

h) des mesures rapides et effectives pour empêcher la mise en circulation, l'exportation et l'importation de copies pirates;

i) la promotion de la coopération internationale entre les autorités de police et celles des douanes.

4) Les Etats qui ne sont pas encore parties aux conventions mentionnées à l'alinéa 3)b) devraient activement envisager d'adhérer à ces conventions.

*Utilisations secondaires de phonogrammes aux fins de radiodiffusion ou de toute autre forme de communication au public*

*Principe PH2.* Lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou des reproductions de ces phonogrammes, sont utilisés pour la radiodiffusion ou pour toute autre forme de communication au public, les artistes interprètes ou exécutants dont les interprétations ou exécutions sont contenues dans les phonogrammes et les producteurs de phonogrammes devraient avoir — au moins — droit à une rémunération équitable.

*Reproduction privée ("enregistrement à domicile")*

*Principe PH3.* La pratique généralisée de la reproduction des phonogrammes à des fins privées est préjudiciable aux intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques contenues dans les phonogrammes. Les Etats parties à la Convention de Berne ou à la Convention universelle sur le droit d'auteur ont l'obligation d'atténuer ce préjudice.

*Principe PH4.* La façon la plus appropriée d'atténuer le préjudice mentionné dans le principe PH3 consiste à instituer une redevance sur les appareils d'enregistrement et/ou les supports matériels vierges (bandes magnétiques, cassettes). Cette rede-

vance devrait être acquittée par les fabricants ou importateurs et encaissée par les organisations chargées de la gestion collective des droits en cause, et elle ne devrait pas être utilisée à des fins autres (telles que fiscales) que celle d'atténuer le préjudice mentionné au principe PH3. Les acquéreurs d'appareils d'enregistrement et/ou de supports matériels vierges pour lesquels la redevance a été payée sont autorisés à reproduire les phonogrammes à des fins privées au moyen de ces appareils et/ou de ces supports matériels.

*Principe PH5.* Les appareils d'enregistrement et les supports matériels exportés vers un autre pays devraient être exonérés de toute redevance dans le pays de fabrication. Des exceptions à l'obligation de payer la redevance peuvent également être justifiées à l'égard de la reproduction à certaines fins éducatives et pour les personnes handicapées pourvu que cette reproduction ne serve pas à des fins commerciales.

*Principe PH6.* Les organisations de gestion collective devraient — après déduction de leurs frais administratifs réels strictement nécessaires — répartir les montants perçus entre les différents titulaires du droit d'auteur en fonction de la fréquence présumée de la reproduction de leurs oeuvres à des fins privées (par exemple, proportionnellement à la fréquence des diverses formes d'utilisation publique — telles que radiodiffusion, vente et location de vidéocassettes, etc.).

*Principe PH7.* Sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur concernés, ou des organismes les représentant, les montants perçus par l'organisation de gestion collective ne devraient pas être employés à des fins (culturelles générales ou sociales, par exemple) autres que celles qui sont mentionnées dans le principe PH6.

*Principe PH8.* Les titulaires étrangers du droit d'auteur devraient jouir des mêmes droits que les titulaires nationaux. L'organisation de gestion collective devrait leur appliquer les mêmes principes de répartition du produit de la redevance qu'aux titulaires nationaux. Le principe PH7 s'applique aussi aux titulaires étrangers du droit d'auteur : sans l'autorisation de l'organisation de gestion collective représentant ces titulaires du droit d'auteur, les montants qui leur sont dus ne devraient pas être employés à des fins autres que celles qui sont mentionnées dans le principe PH6.

*Principe PH9.* La pratique généralisée de la reproduction des phonogrammes à des fins privées porte aussi préjudice aux intérêts légitimes des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de

phonogrammes et peut également être préjudiciable à ceux des organismes de radiodiffusion. Il convient, pour atténuer ce préjudice, de reconnaître à telle ou telle de ces catégories (ou aux trois) le droit de recevoir une part appropriée de la redevance mentionnée dans le principe PH4. En pareil cas, le montant total de la redevance devra être plus élevé que si celle-ci ne servait qu'à atténuer le préjudice causé aux titulaires du droit d'auteur. Les principes PH5 à PH8 s'appliquent aussi, *mutatis mutandis*, au cas des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion.

#### *Location*

*Principe PH10.* Les titulaires du droit d'auteur sur des oeuvres littéraires et artistiques contenues dans un phonogramme devraient avoir un droit exclusif d'autoriser la location de copies de ces phonogrammes, tant que les oeuvres sont protégées par le droit d'auteur.

*Principe PH11.* Les législations nationales ne devraient pas obliger les titulaires du droit d'auteur à exercer leur droit de location au moyen d'une gestion collective. Il convient de laisser à ceux-ci le soin de recourir à la gestion collective s'ils l'estiment nécessaire.

*Principe PH12.* Les producteurs de phonogrammes devraient avoir un droit exclusif d'autoriser la location de copies de leurs phonogrammes. Le principe PH11 s'applique *mutatis mutandis*, en ce qui concerne ce droit des producteurs de phonogrammes.

*Principe PH13.* En cas de location de phonogrammes, les artistes interprètes ou exécutants dont les interprétations ou exécutions sont contenues dans des phonogrammes devraient avoir — au moins — droit à une rémunération équitable.

#### *Radiodiffusion par satellite*

##### Radiodiffusion directe par satellite

*Principe PH14.* La radiodiffusion par satellite de radiodiffusion directe est une radiodiffusion au sens de la Convention de Berne, de la Convention universelle sur le droit d'auteur et de la Convention de Rome. Par conséquent, lorsque les phonogrammes sont radiodiffusés par un tel satellite, les titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques et les artistes interprètes ou exécutants dont les oeuvres et les interprétations ou exécutions

sont respectivement contenues dans ces phonogrammes, ainsi que les producteurs de phonogrammes et aussi les organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés, devraient jouir des mêmes droits que dans le cas d'une radiodiffusion traditionnelle (par stations terriennes).

*Principe PH15.* C'est le radiodiffuseur se trouvant à l'origine de la radiodiffusion directe par satellite (donnant l'ordre de cette radiodiffusion) qui est responsable vis-à-vis des titulaires du droit d'auteur, des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés.

*Principe PH16.* Lorsque la communication au public (diffusion aux fins de réception par le public) s'effectue par le moyen d'un satellite de radiodiffusion directe, la communication (diffusion) se situe à la fois dans le pays qui est à l'origine des signaux porteurs du programme (ci-après : "le pays d'émission") et dans tous les pays qui sont couverts par l'"empreinte" du satellite (et au public desquels les phonogrammes en cause sont communiqués) (ci-après : "les pays couverts par l'"empreinte").

*Principe PH17.* En vertu de la Convention de Berne, de la Convention universelle sur le droit d'auteur et de la Convention de Rome, qui prévoient toutes trois le traitement national, les lois nationales à la fois du pays d'émission et des pays de l'"empreinte" devraient être prises en considération. *Variante A* : Si les lois nationales concernées n'accordent pas le même type ou le même degré de protection, il convient d'appliquer le niveau de protection le plus élevé. *Variante B* : En règle générale, la loi du pays d'émission devrait être appliquée; cependant, si dans le pays d'émission les titulaires du droit d'auteur, les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés, ne jouissent d'aucune protection (parce qu'il n'existe pas de protection, en général, ou que la libre utilisation est permise dans un cas particulier, ou que la durée de protection est expirée) et dans un pays couvert par l'"empreinte" ils jouissent d'une telle protection, ou si dans le pays d'émission leur droit est limité à un simple droit à rémunération (licence obligatoire) et dans le pays couvert par l'"empreinte" ils ont un droit exclusif d'autoriser, la loi du pays couvert par l'"empreinte" devrait être appliquée.

#### Satellites du service fixe

*Principe PH18.* 1) Dans le cas des satellites du service fixe, il convient de considérer l'ensemble du

processus de diffusion des signaux porteurs du programme (émission, "liaison ascendante", "liaison descendante", transmission à partir de la station terrienne vers le public) comme une seule et même opération de radiodiffusion, composée de différentes phases pourvu que celui-ci soit décidé et programmé de façon certaine au moment de l'émission des signaux vers le satellite (ci-après : "la radiodiffusion au moyen d'un satellite du service fixe"). Lorsque des phonogrammes sont radiodiffusés par ce moyen du satellite du service fixe, les titulaires du droit d'auteur, ainsi que les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés, devraient jouir des mêmes droits que dans le cas d'une radiodiffusion traditionnelle (par stations terriennes).

2) Si la diffusion des signaux porteurs du programme à partir de la station terrienne vers le public est encore suspendue à des décisions qui seront prises ultérieurement, soit par l'organisme de radiodiffusion d'origine ou par l'organisme de radiodiffusion transmettant le programme de la station terrienne vers le public, cette diffusion des signaux ne devrait pas être considérée comme une radiodiffusion (mais comme une simple diffusion technique des signaux).

*Principe PH19.* L'organisme de radiodiffusion qui est à l'origine du programme et l'organisme de radiodiffusion qui le transmet à partir de la station terrienne réceptrice vers le public sont responsables — conjointement et solidairement — vis-à-vis des titulaires du droit d'auteur, des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés pour ce qui est de la phase finale de la radiodiffusion (à partir de la station terrienne vers le public). L'organisme d'origine est seul responsable vis-à-vis des titulaires des droits pour les phases qui précèdent la phase finale de la radiodiffusion.

*Principe PH20.* La radiodiffusion au moyen d'un satellite du service fixe se situe à la fois dans le pays à partir duquel les signaux porteurs du programme sont émis vers le satellite (ci-après : "le pays d'émission") et dans tous les pays où des stations terriennes diffusent des signaux vers le public (ci-après : "les pays de la phase finale de radiodiffusion").

*Principe PH21.* En vertu de la Convention de Berne, de la Convention universelle sur le droit d'auteur et de la Convention de Rome, qui prévoient toutes trois le traitement national, dans le cas de la radiodiffusion au moyen d'un satellite du



service fixe, les lois à la fois du pays d'émission et des pays de la phase finale de radiodiffusion devraient être prises en considération. *Variante A* : Si les titulaires de droits font valoir ceux-ci à l'encontre de l'organisme qui transmet les signaux à partir de la station terrestre réceptrice vers le public, c'est la loi du pays de la phase finale de radiodiffusion qui devrait être appliquée. S'ils choisissent de les faire valoir à l'encontre de l'organisme transmettant les signaux vers le satellite, et si la loi du pays d'émission et la loi du pays de la phase finale de radiodiffusion n'accordent pas le même type ou le même degré de protection, il convient d'appliquer le niveau de protection le plus élevé. *Variante B* : En règle générale, la loi du pays de la phase finale de radiodiffusion devrait être appliquée; cependant, si dans le pays de la phase finale de radiodiffusion les titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques contenues dans les phonogrammes ou les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés, ne jouissent d'aucune protection (parce qu'il n'existe pas de protection, en général, ou que la libre utilisation est permise dans un cas particulier, ou que la durée de protection est expirée) et dans le pays d'émission ils jouissent d'une protection, la loi du pays d'émission devrait être appliquée.

*Principe PH22.* Si un satellite du service fixe diffuse des signaux qui peuvent être reçus par le grand public au moyen du matériel de réception d'usage courant auprès de ce public, il convient de considérer cette diffusion non pas comme une radiodiffusion au moyen d'un satellite du service fixe mais comme une radiodiffusion directe par satellite.

#### *Distribution par câble*

*Principe PH23.* Les auteurs ou tous autres titulaires du droit d'auteur devraient avoir le droit exclusif d'autoriser toute distribution par câble de leurs oeuvres littéraires et artistiques radiodiffusées protégées par le droit d'auteur et contenues dans des phonogrammes.

*Principe PH24.* Si le câble-distributeur est différent du radiodiffuseur, l'autorisation mentionnée dans le principe PH23 peut être accordée soit au câble-distributeur, soit au radiodiffuseur, auquel cas ce dernier est habilité à autoriser la distribution par câble de l'oeuvre radiodiffusée.

*Principe PH25.* L'autorisation mentionnée dans le principe PH23 peut être accordée par une organisation d'auteurs pour les oeuvres des auteurs qui lui

ont délégué l'exercice du droit visé dans le principe précité.

*Principe PH26.* L'autorisation mentionnée dans le principe PH23 peut aussi être accordée par une organisation d'auteurs pour des oeuvres dont les auteurs ne lui ont pas délégué l'exercice du droit visé dans ce principe; toutefois, cette disposition n'est applicable que pour autant que ce pouvoir soit reconnu à ladite organisation par la loi applicable, que cette organisation soit tenue, en vertu de cette loi, de garantir le radiodiffuseur ou le câble-distributeur contre les prétentions éventuelles de ces auteurs et qu'elle s'engage en outre à appliquer à ces derniers les mêmes principes de répartition des droits d'auteur et autres bénéfiques que ceux qu'elle applique aux auteurs qui lui ont délégué l'exercice du droit visé dans le principe PH23.

*Principe PH27.* Dans le cas où une organisation d'auteurs visée dans les principes PH25 et PH26 ne peut s'entendre avec le radiodiffuseur ou le câble-distributeur, après des négociations menées de bonne foi, sur les conditions d'autorisation de la distribution par câble de l'oeuvre radiodiffusée, ces conditions devraient être fixées par un tribunal, un autre organe impartial déterminé par la loi ou désigné à cet effet par les pouvoirs publics, ou encore par un organisme d'arbitrage dont le président sera désigné d'entente entre les parties ou, à défaut, par les pouvoirs publics et devraient garantir la protection du droit moral de l'auteur. Avant de fixer ces conditions, le tribunal, l'organe désigné ou l'organisme d'arbitrage compétent devrait donner à l'organisation d'auteurs ainsi qu'au radiodiffuseur ou au câble-distributeur la possibilité de faire valoir son point de vue.

*Principe PH28.* 1) S'agissant d'oeuvres littéraires et artistiques incluses dans des phonogrammes auxquels ni le principe PH25 ni le principe PH26 n'est applicable ou pour lesquels l'expérience acquise dans le pays considéré montre qu'il n'est pas certain que le radiodiffuseur ou le câble-distributeur puisse obtenir en temps voulu l'autorisation des titulaires du droit d'auteur intéressés, les conditions que doit remplir le radiodiffuseur ou le câble-distributeur, à défaut d'autorisation du titulaire du droit d'auteur, pour pouvoir utiliser licitement l'oeuvre dans la distribution par câble d'émissions de radiodiffusion peuvent être fixées par la législation, dans l'intérêt du public.

2) Les conditions visées à l'alinéa 1) doivent assurer la sauvegarde des intérêts moraux pertinents des auteurs et comprendre le versement de droits appropriés aux titulaires du droit d'auteur.

3) Le montant des droits à acquitter pour la distribution par câble d'oeuvres littéraires et artistiques contenues dans des phonogrammes radiodiffusés ne doit pas être inférieur aux sommes habituellement perçues en contrepartie des autorisations accordées dans le pays intéressé conformément aux principes PH24, PH25 et PH26 ou PH27, dans la mesure où il existe des précédents comparables. En l'absence de tels précédents, les droits doivent être fixés sous la forme d'un pourcentage équitable des redevances perçues par le câble-distributeur auprès des abonnés du service de distribution par câble des émissions; ils peuvent aussi être calculés sur la base des droits versés aux titulaires du droit d'auteur pour la radiodiffusion d'oeuvres littéraires et artistiques incluses dans des phonogrammes, selon le même rapport que celui du nombre de personnes recevant la distribution par câble au nombre de personnes recevant les émissions de radiodiffusion.

4) Si la législation ne comporte pas de barème des droits, un tribunal ou un autre organe impartial doit y être désigné pour fixer ce barème ou le montant des droits à acquitter dans un cas particulier. Toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de faire valoir leur point de vue avant que le législateur ou un tribunal ou autre organe impartial ne fixe le barème des droits ou le montant des droits à acquitter dans un cas particulier.

*Principe PH29.* Les sommes et autres dédommagements possibles perçus au titre des autorisations ou licences mentionnées dans les principes PH25 à PH28 devraient, après déduction des frais administratifs qui s'y rapportent, être répartis entre les titulaires du droit d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques contenues dans des phonogrammes qui ont été effectivement utilisés dans la distribution par câble des émissions, compte dûment tenu de l'ampleur de l'utilisation et de l'importance des oeuvres de chaque titulaire du droit d'auteur, national ou étranger. Toutefois, les titulaires du droit d'auteur qui ont expressément délégué l'exercice de leurs droits à une organisation de gestion de ces droits peuvent déroger à ce principe de répartition, sans préjudice des droits des titulaires du droit d'auteur qui n'auraient pas eux-mêmes expressément donné pouvoir à cette organisation.

*Principe PH30.* Ne saurait être assimilé à la distribution par câble de l'oeuvre radiodiffusée le fait que l'émission de radiodiffusion, captée par une antenne de plus grandes dimensions que celles qui sont généralement utilisées pour la réception individuelle, soit transmise par câble à des récepteurs individuels situés dans une zone limitée constituée d'un même immeuble ou d'un groupe d'immeubles

voisins, pour autant que la transmission soit effectuée à partir de cette zone et qu'elle n'ait pas de but lucratif.

*Principe PH31.* Les auteurs ou tous autres titulaires du droit d'auteur devraient avoir le droit exclusif d'autoriser la distribution de leurs oeuvres protégées par le droit d'auteur et contenues dans des phonogrammes, dans le cadre de programmes propres câblés.

*Principe PH32.* Les limitations du droit d'auteur, à l'exception des régimes de licences non volontaires de quelque nature que ce soit, qui sont admises par les conventions internationales et par la loi nationale applicable à l'égard de la radiodiffusion de l'oeuvre, peuvent être étendues par la législation nationale à la distribution par câble de programmes propres câblés.

*Principe PH33.* Les artistes interprètes ou exécutants devraient avoir droit à une rémunération équitable pour la distribution par câble de leurs interprétations ou exécutions radiodiffusées contenues dans des phonogrammes.

*Principe PH34.* Le principe PH30 est applicable *mutatis mutandis* à la distribution par câble d'interprétations ou exécutions radiodiffusées.

*Principe PH35.* Les artistes interprètes ou exécutants devraient avoir — au moins — droit à une rémunération équitable lorsque leurs interprétations ou exécutions protégées sont incluses dans des phonogrammes et distribuées par câble dans le cadre de programmes propres câblés.

*Principe PH36.* Les limitations du droit d'auteur, à l'exception des régimes de licences non volontaires de quelque nature que ce soit, qui sont admises par les conventions internationales et par la loi nationale applicable à l'égard de la radiodiffusion des oeuvres peuvent être étendues par la législation nationale, *mutatis mutandis*, aux droits des artistes interprètes ou exécutants relativement à la distribution par câble de leurs interprétations ou exécutions, contenues dans les phonogrammes, dans le cadre de programmes propres câblés.

*Principe PH37.* Les producteurs de phonogrammes devraient avoir — au moins — droit à une rémunération équitable pour la distribution par câble de leurs phonogrammes radiodiffusés.

*Principe PH38.* Le principe PH30 s'applique *mutatis mutandis* à la distribution par câble de phonogrammes radiodiffusés.

*Principe PH39.* Les producteurs de phonogrammes devraient avoir, à l'égard de la distribution de leurs phonogrammes dans le cadre de programmes propres câblés, le même droit qu'en ce qui concerne la radiodiffusion de ces phonogrammes.

*Principe PH40.* Les limitations du droit d'auteur qui sont admises par les conventions internationales ou la loi nationale applicable à l'égard de la radiodiffusion d'œuvres protégées peuvent être étendues par la législation nationale, *mutatis mutandis*, aux droits des producteurs de phonogrammes relativement à la distribution par câble de leurs phonogrammes dans le cadre de programmes propres câblés.

*Principe PH41.* Les radiodiffuseurs devraient avoir le droit exclusif d'autoriser la distribution par câble simultanée et sans changement de leurs émissions ainsi que l'utilisation de leurs émissions dans le cadre de programmes propres câblés.

*Principe PH42.* 1) Le principe PH30 s'applique *mutatis mutandis* à la distribution par câble simultanée et sans changement d'émissions de radiodiffusion.

2) Les limitations du droit d'auteur, à l'exception des licences non volontaires de quelque nature que ce soit, qui sont admises par les conventions internationales ou par la loi nationale applicable à l'égard de la radiodiffusion d'œuvres protégées peuvent être étendues, *mutatis mutandis*, aux droits des radiodiffuseurs relativement à la distribution par câble de leurs émissions dans le cadre de programmes propres câblés.

*Distribution par câble de programmes transmis par satellites du service fixe*

*Principe PH43.* Si des phonogrammes transmis par un satellite du service fixe — dans la phase finale de la communication publique — sont distribués par câble, il convient de considérer qu'il s'agit d'une distribution de phonogrammes dans le cadre d'un programme propre câblé et appliquer, en conséquence, les principes PH31, PH32, PH35, PH36, PH39 à PH41 et PH42, alinéa 2).

*Principe PH44.* En ce qui concerne la phase de la distribution par câble, l'organisme de radiodiffusion transmettant le programme par un satellite du service fixe et l'organisme distribuant le programme par câble devraient être considérés comme responsables — conjointement et solidairement — vis-à-vis des titulaires du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques contenues dans des phonogrammes, des artistes interprètes ou exécuteurs,

des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés par cette radiodiffusion. En ce qui concerne les phases précédant la distribution par câble, seul l'organisme d'origine devrait être considéré comme responsable vis-à-vis desdits titulaires de droits.

*Principe PH45.* Lorsque la communication publique (diffusion aux fins de réception par le public) s'effectue par le moyen d'un satellite de communication — puis par câble — la communication se situe à la fois dans le pays à partir duquel les signaux porteurs du programme sont émis vers le satellite (ci-après "le pays d'émission") et dans tous les pays où les signaux sont distribués par câble (ci-après : "les pays de distribution par câble").

*Principe PH46.* En vertu de la Convention de Berne, de la Convention universelle sur le droit d'auteur et de la Convention de Rome, qui prévoient toutes trois le traitement national, dans le cas de la distribution par câble de programmes transmis par satellite du service fixe, les lois du pays d'émission et des pays de distribution par câble devraient être prises en considération. *Variante A* : Si les titulaires des droits font valoir ceux-ci à l'encontre de l'organisme qui distribue les signaux par câble, c'est la loi du pays de distribution par câble qui devrait être appliquée. S'ils choisissent de les faire valoir à l'encontre de l'organisme qui a émis les signaux vers le satellite, et si la loi du pays d'émission et la loi du pays de distribution par câble n'accordent pas le même type ou le même degré de protection, il convient d'appliquer le niveau de protection le plus élevé. *Variante B* : En règle générale, la loi du pays de distribution par câble devrait être appliquée; cependant, si dans le pays de distribution par câble les titulaires du droit d'auteur, les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion dont les droits peuvent être concernés, ne jouissent d'aucune protection (parce qu'il n'existe pas de protection, en général, ou que la libre utilisation est permise dans un cas particulier, ou que la durée de protection est expirée) et dans le pays d'émission ils jouissent d'une protection, la loi du pays d'émission devrait être appliquée.

## OEUVRES D'ARCHITECTURE

*Créations à protéger en tant qu'œuvres d'architecture*

*Principe WA1.* 1) On entend par "œuvres d'architecture" tous édifices ou constructions similaires

dans la mesure où ils contiennent des éléments d'originalité et de créativité tels que leur forme, leur dessin ou leurs ornements, indépendamment de la destination même des édifices ou des constructions similaires.

2) "Les oeuvres relatives à l'architecture" s'entendent des dessins et des modèles à trois dimensions sur la base desquels des oeuvres d'architecture peuvent être construites.

*Principe WA2.* Les oeuvres d'architecture aussi bien que les oeuvres relatives à l'architecture devraient être protégées par le droit d'auteur.

#### *Droits patrimoniaux*

*Principe WA3.* 1) Les auteurs d'oeuvres d'architecture aussi bien que ceux d'oeuvres relatives à l'architecture devraient jouir du droit exclusif d'autoriser la reproduction, par quelques moyens et de quelque manière ou sous quelque forme que ce soit, respectivement de leurs oeuvres d'architecture ou de leurs oeuvres relatives à l'architecture.

2) La reproduction d'oeuvres d'architecture comprend la construction d'une autre oeuvre d'architecture qui est semblable à la première eu égard à certains ou à tous les éléments originaux; elle renferme également la préparation d'oeuvres relatives à l'architecture, faites sur la base d'oeuvres d'architecture.

3) La reproduction d'oeuvres relatives à l'architecture comprend la construction, sur la base de ces oeuvres, d'oeuvres d'architecture; elle inclut également la confection de copies, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, d'oeuvres relatives à l'architecture.

*Principe WA4.* Les auteurs d'oeuvres d'architecture devraient jouir du droit exclusif d'autoriser des modifications portant sur leurs oeuvres, exception faite des modifications d'ordre pratique ou technique qui sont nécessaires pour les propriétaires des édifices ou autres constructions similaires.

#### *Droits moraux*

*Principe WA5.* Les auteurs d'oeuvres d'architecture ou d'oeuvres relatives à l'architecture devraient avoir le droit d'apposer de la façon habituelle leur nom sur ces oeuvres pour autant que ce soit possible.

*Principe WA6.* 1) Les auteurs d'oeuvres d'architecture ou d'oeuvres relatives à l'architecture devraient avoir le droit d'interdire toute déformation,

mutilation ou autre modification de ces oeuvres ou toute atteinte aux mêmes oeuvres, préjudiciables à leur honneur ou à leur réputation.

2) Si une quelconque modification ou une atteinte du genre de celle de l'alinéa 1) a lieu sans que les auteurs en aient connaissance ou malgré leur interdiction, la personne responsable d'une telle modification ou action devrait être obligée de rétablir l'état antérieur ou de payer des dommages et intérêts selon les circonstances.

3) Lorsque leurs oeuvres ont été modifiées sans leur consentement, les auteurs d'oeuvres d'architecture devraient avoir le droit d'interdire l'association de leur nom à leurs oeuvres.

#### *La protection de l'image externe des oeuvres d'architecture*

*Principe WA7.* La reproduction de l'image externe d'oeuvres d'architecture au moyen de photographie, de cinématographie, de peinture, de sculpture, de dessin ou de méthodes similaires ne devrait pas requérir l'autorisation de leurs auteurs si elle est faite à des fins privées ou, même si elle est réalisée à des fins commerciales, lorsque les oeuvres d'architecture se situent dans une rue publique, sur une route, un square ou un autre endroit normalement accessible au public.

### OEUVRES DES BEAUX-ARTS

#### *Créations à protéger en tant qu'oeuvres des beaux-arts*

*Principe FA1.* 1) Les "oeuvres des beaux-arts" sont notamment les peintures, les dessins, les eaux-fortes, les sculptures et les oeuvres de nature similaire.

2) Les oeuvres des beaux-arts devraient être protégées par le droit d'auteur.

#### *L'utilisation des systèmes informatiques pour la création d'oeuvres des beaux-arts*

*Principe FA2.* Lorsque des systèmes informatiques sont utilisés pour la création d'oeuvres des arts visuels, ces systèmes devraient être considérés comme des moyens techniques dont l'homme se sert, au cours du processus de création, pour obtenir les résultats qu'il désire.

*Principe FA3.* Dans le cas d'oeuvres produites au moyen de systèmes informatiques, les titulaires du

droit d'auteur sont les personnes ayant fourni les éléments de création sans lesquels les oeuvres finales n'auraient pu faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Par conséquent, les programmeurs (les personnes qui établissent les programmes pour ces systèmes) ne peuvent être considérés comme coauteurs (ou comme auteurs uniques le cas échéant) que si leur contribution à l'oeuvre atteste un tel effort de création.

*Distinction entre le droit d'auteur sur l'oeuvre et le droit de propriété sur le support matériel de l'oeuvre ou sur un exemplaire de l'oeuvre*

*Principe FA4.* 1) Le droit de propriété sur les supports matériels d'oeuvres des beaux-arts ou d'exemplaires de ces oeuvres et le droit d'auteur sur les oeuvres sont indépendants l'un de l'autre.

2) Sous réserve de l'alinéa 2 du principe FA6, la cession du droit de propriété n'emporte pas celle du droit d'auteur, sauf stipulation contraire du contrat.

#### *Droits moraux*

*Principe FA5.* Indépendamment des droits patrimoniaux des auteurs, et même après la cession desdits droits et/ou après l'aliénation de supports matériels d'oeuvres des beaux-arts ou des exemplaires de ces oeuvres, les auteurs devraient avoir le droit :

a) de revendiquer la paternité de l'oeuvre et faire porter la mention de leur nom sur les supports matériels ou sur les exemplaires de leurs oeuvres ou le faire citer d'une autre manière appropriée en liaison avec celles-ci ;

b) de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification ou à toute autre atteinte à leurs oeuvres préjudiciables à leur honneur ou à leur réputation.

#### *Droits patrimoniaux*

*Principe FA6.* 1) Les auteurs d'oeuvres des beaux-arts devraient avoir le droit exclusif d'autoriser :

a) la fabrication de reproductions de leurs oeuvres c'est-à-dire d'exemplaires qui, à tous égards (matériau(x), couleur(s), dimensions), sont identiques aux originaux ;

b) la fabrication de copies de sculptures par moulage et coulage et la fabrication de copies d'eaux-fortes et autres gravures imprimées par contact avec la surface gravée ;

c) la réalisation d'adaptations (oeuvres dérivées) de leurs oeuvres ;

d) la fabrication d'images de leurs oeuvres par la photographie, la cinématographie ou des procédés analogues à la photographie ou la cinématographie ;

e) la présentation de leurs oeuvres, ou de copies, d'adaptations ou d'images de ces oeuvres, au public lors d'expositions publiques ou en tout autre lieu public, au cinéma ou à la télévision.

2) Lorsque des auteurs (ou leurs héritiers) transfèrent le droit de propriété sur les supports matériels de leurs oeuvres ou sur des exemplaires de celles-ci, il y a lieu de considérer à moins que le contrat en dispose autrement, que le droit d'autoriser les actes mentionnés à l'alinéa 1 e), à l'égard des supports matériels des oeuvres ou des exemplaires concernés, soit également transféré.

3) Les droits des auteurs d'oeuvres des beaux-arts mentionnés à l'alinéa 1) ne devraient faire l'objet de restrictions que dans les cas et dans la mesure où les conventions internationales de droit d'auteur le permettent. Par exemple, une telle restriction peut être que, lorsque des oeuvres ou des exemplaires, des adaptations ou des images de celles-ci ont été présentés au public lors d'expositions publiques avec l'autorisation des auteurs (ou dans le cas mentionné à l'alinéa 2), avec l'autorisation des titulaires du droit de propriété) il peut être permis à toute personne d'en réaliser des images et d'utiliser celles-ci aux fins de compte rendu d'événements d'actualité ou aux fins de critique.

#### *Droit de suite*

*Principe FA7.* Les auteurs devraient, en ce qui concerne les exemplaires originaux de leurs oeuvres des beaux arts, jouir du droit inaliénable à être intéressé (moyennant un certain pourcentage) à toute vente de ces exemplaires intervenant après la première cession opérée par eux-mêmes du droit de propriété sur ces exemplaires.

### Troisième partie

#### Observations relatives au projet de principes

##### OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Avant de procéder à l'examen de l'ensemble des principes révisés contenus dans la deuxième partie, trois remarques portant sur toutes les catégories d'oeuvres devraient être faites.

2. La première vise la nature — et, à cet égard, la terminologie — des principes. Compte tenu de

cette dernière — c'est-à-dire, du fait qu'il s'agit seulement de principes destinés à guider les législateurs nationaux et non de dispositions types — le mot "doit (doivent)" a été remplacé par le mot "devrait (devraient)". Pendant les trois premières réunions, aucun doute ni aucune question n'ont surgi à ce sujet. Ce n'est qu'à la quatrième réunion, à savoir celle du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres dramatiques, chorégraphiques et musicales, qu'une délégation a soulevé la question du rapport entre les principes utilisant le mot "devrait (devraient)" d'une part, et les obligations créées par les conventions de droit d'auteur, d'autre part. La délégation a suggéré que la forme du présent de l'indicatif "doit (doivent)" devrait être employée à la place de la forme conditionnelle "devrait (devraient)" dans certains principes pour indiquer que ceux-ci traduisaient en fait des obligations créées par les conventions internationales sur le droit d'auteur (paragraphe 15 du rapport de la réunion). Le représentant des secrétariats a rappelé que, conformément aux programmes des deux organisations, les propositions et les travaux avaient porté sur des principes — et non sur des dispositions types —, ce qui supposait nécessairement l'emploi du conditionnel, et il a souligné que le but de la série de réunions n'était pas de modifier des obligations internationales existantes (paragraphe 16 du même rapport). (On peut ajouter que non seulement les pays membres de l'une ou de l'autre convention internationale de droit d'auteur, ou des deux, ont participé à cette série de réunions mais aussi d'autres pays non-membres à l'égard desquels, bien entendu, on ne saurait parler d'obligations internationales existantes.) La réponse du représentant des secrétariats fut acceptée tant par la délégation concernée que par le comité et la forme du conditionnel "devrait (devraient)" utilisée dans les principes fut maintenue pour toute la série de réunions. Dans l'ensemble des principes de la deuxième partie du présent mémorandum, ceux qui correspondent à certaines obligations créées par les conventions internationales sur le droit d'auteur, et qui sont rédigés au conditionnel, devraient être considérés à la lumière de ce qui précède.

3. La deuxième remarque concerne l'emploi et la signification du mot "auteur". Lors de différentes réunions, quelques participants ont soulevé la question de savoir si, dans certains principes, le mot "auteur" visait seulement les créateurs individuels ou également tous les autres éventuels titulaires du droit d'auteur à l'origine (par exemple, les employeurs) et les héritiers des auteurs et autres successeurs en titre. La réponse a toujours été positive. On devrait aussi souligner au regard des principes révisés compris dans la deuxième partie du mémorandum que le mot "auteur" est utilisé de la même

façon et a la même signification que dans la Convention de Berne et dans un grand nombre de législations nationales, à savoir de viser aussi les héritiers, les successeurs en titre et les personnes autres que les créateurs individuels (tels que les employeurs) qui sont reconnus par certaines législations nationales comme des titulaires de droit d'auteur à titre original.

4. Finalement, la troisième remarque est qu'il convient de tenir compte du fait que certains principes ont été rédigés selon les dispositions détaillées de la Convention de Berne.

## OEUVRES AUDIOVISUELLES

### *Piraterie*

5. La piraterie compte parmi les rares questions qui ont été discutées en détail par plus d'un comité d'experts gouvernementaux. Le Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes a examiné d'une manière très détaillée les principes AW1 et PH1 portant sur la piraterie des oeuvres audiovisuelles et des phonogrammes et a formulé de nombreuses remarques et propositions dans le cadre des discussions qu'il a tenues. Le comité a aussi adopté une résolution séparée condamnant la piraterie et invitant les Etats à prendre des mesures appropriées (plusieurs d'entre elles étaient données à titre d'exemple dans la résolution) pour la combattre. Les secrétariats ont tenu compte des remarques, des propositions et de la résolution pour préparer le chapitre sur la piraterie contenu dans le mémorandum destiné au Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres imprimées. C'est pourquoi le principe PW1 sur la piraterie des oeuvres imprimées a été beaucoup plus détaillé que les principes AW1 et PH1.

6. Lors de la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres imprimées, les participants ont déclaré qu'ils étaient d'accord dans les grandes lignes sur les observations présentées au chapitre sur la piraterie et ont souligné l'utilité du principe PW1 pour l'adoption et l'application, au niveau national, de mesures efficaces de lutte contre la piraterie. S'agissant de certains détails du principe PW1, d'autres propositions ont cependant été faites, dans le but principal de compléter la liste des mesures de lutte contre la piraterie et de les rendre plus précises. Ces propositions (exprimées dans les paragraphes 24, 26, 27 et 31 du rapport de la réunion) ont été acceptées en général, et ont été insérées dans la nouvelle version des principes portant sur la piraterie.

7. Deux propositions supplémentaires ont été faites lors de la même réunion. Elles ont consisté à supprimer à l'alinéa 2) du principe PW1 l'expression "une forme de vol" et le mot "antisocial". Les autres participants à la réunion ont, toutefois, refusé ces modifications, en observant que les termes en question étaient nécessaires pour souligner le caractère exceptionnellement dangereux et condamnable de la piraterie (voir paragraphe 25 du rapport). C'est pourquoi l'alinéa 2) du principe PW1 a été reproduit sans changement dans l'ensemble des principes révisés portant sur les oeuvres imprimées. Ceci semble également justifié, parce que le texte de l'alinéa 2) du principe PW1 était le même que celui des alinéas 2) des principes AW1 et PH1, et que ceux-ci ont été acceptés sans commentaire par le Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes, voire même soutenus dans la résolution séparée mentionnée au paragraphe 5 ci-dessus, où la piraterie a été aussi qualifiée dans des termes semblables.

8. Etant donné que le principe PW1 — tel que complété par les propositions mentionnées au paragraphe 6 ci-dessus — est le résultat final des discussions qui ont eu lieu sur les problèmes de la piraterie lors des deux réunions — à savoir, celle du Comité d'experts sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes et celle du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres imprimées — les principes AW1 et PH1 ont été formulés, *mutatis mutandis*, de la même façon que le principe PW1 dans la série commune de principes.

9. Depuis la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres imprimées, d'autres développements sont cependant intervenus, justifiant certaines modifications supplémentaires dans la définition de la piraterie donnée à l'alinéa 1) des trois principes concernés (à savoir les principes AW1, PH1 et PW1) : l'OMPI a convoqué un Comité d'experts sur des mesures de lutte contre la contrefaçon et la piraterie (qui doit se tenir à Genève, du 25 au 28 avril 1988). Le comité examinera des projets de dispositions types contenant des définitions des actes de contrefaçon et de piraterie ainsi que des propositions de mesures à prendre pour lutter contre ceux-ci. Les projets de dispositions types ont été préparés sur la base d'une analyse minutieuse des problèmes d'ordre pratique et juridique posés par la contrefaçon et la piraterie. Dans le cadre de cette analyse, réalisée au moment de la préparation du présent memorandum, certains éléments de la définition de la piraterie se sont révélés être appropriés et applicables également dans le contexte des principes AW1, PH1 et PW1.

10. Les changements qui sembleraient souhaitables dans la définition de la piraterie élaborée sur la base de l'analyse mentionnée au paragraphe précédent — et qui ont été insérés dans la nouvelle version des alinéas 1) des principes AW1, PH1 et PW1 — sont les suivants :

— Dans la version originale des alinéas 1) des principes AW1 et PH1, d'une part, et du principe PW1, d'autre part, les actes de piraterie étaient qualifiés respectivement de "non autorisés" et de "illicites", sans autre précision, ce qui laissait entières les importantes questions suivantes : "non autorisées par qui ?" et "illicites à quel égard ?". Le propre de la piraterie est que les copies pirates sont fabriquées et ensuite distribuées sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur et des droits voisins concernés. Ceci a été clarifié dans la nouvelle version.

— Dans la version originale des trois définitions (à savoir, celles des alinéas 1) des principes AW1, PH1 et PW1), la fabrication, la vente et/ou toute autre distribution sont mentionnées au même titre en tant qu'actes de piraterie pourvu qu'ils ne soient pas autorisés (qu'ils ne soient pas licites) et qu'ils aient un caractère commercial. Cette qualification ne semble pas être précise et risque de conduire à un élargissement non voulu de la notion de piraterie parce qu'elle pourrait être interprétée comme couvrant également les cas de vente commerciale non autorisée et/ou toute autre forme de distribution de copies autres que celles pirates. Le libellé de ces alinéas a été changé dans les trois principes de manière à éviter une telle interprétation.

— A la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes, il fut proposé d'inclure la possession de copies pirates aux fins de vente ou de toute autre forme de distribution dans la liste des actes de piraterie. Cette proposition n'a pas été rejetée; elle n'a pas été toutefois intégrée dans la version originale de la définition de la piraterie des oeuvres imprimées figurant à l'alinéa 1) du principe PW1, parce qu'on a considéré qu'elle concernait un point de détail qui ne cadrerait pas avec la terminologie plus générale de la définition. Cependant, dans la définition révisée de la piraterie, cet acte a été cité avec d'autres pour deux raisons. En premier lieu, à la suite des propositions mentionnées au paragraphe 6 ci-dessus, la liste des mesures de lutte contre la piraterie est devenue relativement détaillée et, désormais, la définition de la piraterie cadre mieux avec les principes AW1, PH1 et PW1. En second lieu, l'analyse mentionnée au paragraphe 9 ci-dessus a démontré que des dispositions

plus détaillées à cet égard pouvaient se révéler être utiles aux législateurs nationaux.

11. S'agissant de la liste des actes de piraterie, il convient de noter qu'elle comporte certains actes (tels le conditionnement, la possession de copies) qui ne sont pas limités au regard du droit d'auteur et des droits voisins, ainsi que certains autres (exploitation, importation, location, prêt ou toute autre forme de distribution) qui, même s'ils tombent sous le coup du droit d'auteur et/ou des droits voisins dans certains pays, ne sont pas d'une manière générale reconnus comme des actes limités. Ces actes devraient être qualifiés d'actes de piraterie parce qu'ils font partie de la distribution commerciale de copies pirates et devraient, donc, être combattus de la même façon et avec la même sévérité que la fabrication de copies pirates.

*Reproduction privée ("enregistrement à domicile")*

12. La majorité des participants à la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes était d'accord avec l'intention et la nature des principes portant sur la copie privée d'oeuvres audiovisuelles et de phonogrammes (principes AW2 à AW8 et PH3 à PH9, respectivement), mais plusieurs modifications ont été proposées dans certains éléments des principes.

13. Plusieurs participants ont proposé que l'exposé contenu au paragraphe 52 du mémorandum préparé par les secrétariats pour cette réunion — selon lequel les gouvernements n'étaient pas autorisés à utiliser à d'autres fins (fiscales, en particulier) le produit de la redevance sur les appareils d'enregistrement et/ou sur les supports matériels vierges mentionnés au principe AW3 (et au principe PH4) — fasse l'objet d'un principe distinct (voir paragraphe 43 du rapport). Cette proposition est exprimée dans la nouvelle version de la deuxième phrase des principes AW3 et PH4 auxquels la clause suivante a été ajoutée : "et elle ne devrait pas être utilisée à des fins autres (telles que fiscales) que celle d'atténuer le préjudice mentionné au principe [AW2] [PH3]".

14. Un autre changement a été apporté aux principes AW3 et PH4; la phrase suivante a été ajoutée à ces principes : "les acquéreurs d'appareils d'enregistrement et/ou de supports matériels vierges pour lesquels la redevance a été payée sont autorisés à reproduire [les oeuvres audiovisuelles] [les phonogrammes] à des fins privées au moyen de ces appareils et/ou de ces supports matériels". Ce changement correspond à une proposition faite lors de la réunion (voir paragraphe 37 du rapport), qui repo-

sait sur le fait que le principe AW3 (tout comme le principe PH4) avait pour corollaire la reconnaissance de ce droit aux acquéreurs.

15. Plusieurs délégations ont proposé d'avoir une référence à la possibilité de prévoir des exceptions à l'obligation de payer la redevance dans le cas de reproductions à certaines fins éducatives et pour les personnes handicapées (voir les paragraphes 39 et 74 du rapport). Cette référence est incluse dans les nouvelles versions des principes AW4 et PH5, avec la condition supplémentaire que les exceptions ne devraient pas être étendues à la reproduction à des fins commerciales, car dans ce cas aucune exception ne semble justifiée.

16. La plupart des participants à la réunion ont estimé que le mot "si" (concernant l'existence du préjudice) devrait être supprimé du principe AW8 en ce qui concernait les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes, et bon nombre de participants ont été d'avis que les droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes, d'une part, et les droits des organismes de radiodiffusion, d'autre part, devraient être examinés séparément. Le représentant d'une organisation internationale non gouvernementale a souligné, toutefois, que les radiodiffuseurs devraient avoir droit à une part du produit de la redevance mentionnée au principe AW3 à l'instar des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes (voir le paragraphe 40 du rapport). Les secrétariats ont remplacé le mot "si" au début du principe AW8 par l'expression "dans la mesure où", mais n'ont pas introduit d'autres modifications à cet égard dans le principe AW8 pour les raisons suivantes : en ce qui concerne la reproduction de phonogrammes à des fins privées, le principe PH9 distingue les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes, d'une part, et les organismes de radiodiffusion, d'autre part, du point de vue du préjudice causé à leurs intérêts légitimes et, donc, de leur droit à partager ou non la redevance. S'agissant de la reproduction des oeuvres audiovisuelles à des fins privées, une telle distinction ne semble pas se justifier. Il découle des particularités de la situation juridique bien connue en matière de titularité des droits sur les oeuvres audiovisuelles, et du fait que cette situation varie d'un pays à l'autre, que l'expression plus générale "dans la mesure où", employée dans le principe AW8, semble être plus appropriée vis-à-vis des trois catégories d'ayants droit des droits voisins.

17. Un autre changement a été réalisé dans les principes AW2, AW3 et AW8 (et, parallèlement, les principes PH3, PH4 et PH9). Comme proposé lors



de la réunion (voir le paragraphe 36 du rapport), le verbe "éliminer" et le nom "élimination" ont été remplacés dans tous ces principes par le verbe "atténuer" et le nom "atténuation", respectivement, afin de mieux exprimer le résultat du système de redevances proposé.

18. Un certain nombre de participants ont estimé que la notion de "fins privées" devrait être définie au moins dans les observations relatives aux principes (voir le paragraphe 38 du rapport). Cette demande fut satisfaite dans le cadre du mémorandum préparé pour le Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres imprimées où une analyse détaillée portant sur les notions "d'usage privé", "d'usage personnel" et "d'usage interne" figure dans le chapitre sur la reprographie (voir les paragraphes 87 à 96 de ce mémorandum). Ce qui vient d'être expliqué à propos de la reprographie à des fins privées s'applique également, *mutatis mutandis*, à la reproduction d'oeuvres audiovisuelles et de phonogrammes à des fins privées.

#### *Location*

19. Un grand nombre de participants ont approuvé les principes AW9 et AW10 (et, parallèlement, les principes PH10 à PH13) portant sur la reconnaissance d'un droit exclusif en matière de location d'exemplaires d'oeuvres audiovisuelles, bien que certaines délégations aient affirmé que leur gouvernement n'était pas encore persuadé de la nécessité d'un tel droit.

20. Une seule modification a été proposée dans les principes mentionnés au précédent paragraphe. Quelques délégations ont été d'avis que la référence au prêt public devrait être supprimée des principes — et, ceux-ci seraient ainsi limités à la question de la location — au motif que les règles du droit d'auteur et des droits voisins en matière de prêt public n'étaient pas les mêmes que celles de la location (voir le paragraphe 48 du rapport). Ce fut dans le mémorandum préparé pour une réunion ultérieure — celle du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres imprimées — que les questions du droit de prêt public ont été analysées en détail (voir les paragraphes 249 à 277 de ce mémorandum). Plusieurs participants à cette réunion — ainsi qu'indiqué plus loin au paragraphe 235 — ont jugé que des principes portant sur le prêt public seraient prématurés. Bien qu'il existe, dans certains pays, au moins une réglementation juridique sur le prêt public des livres, cela n'est pas le cas en ce qui concerne le prêt public d'oeuvres audiovisuelles et de phonogrammes; tous principes apparaîtraient donc encore plus prématurés dans le cas présent.

C'est pourquoi les principes révisés ne couvrent que la location.

#### *Radiodiffusion par satellite*

##### Radiodiffusion directe par satellite

21. A la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes, un grand nombre de participants ont souligné que l'objectif des principes relatifs à la radiodiffusion directe par satellite, présentés dans le mémorandum préparé par les secrétariats, "était très séduisant et favorable aux titulaires du droit d'auteur et des droits voisins". Plusieurs participants ont exprimé, par conséquent, leur appui sans réserve à ces principes et ont souligné qu'ils offraient "les seules garanties de l'exercice du droit de radiodiffusion dans le cas des satellites de radiodiffusion directe" (voir les paragraphes 51 et 52 du rapport).

22. Malgré l'entière approbation des principes AW11 et AW12 (et, parallèlement, des principes PH14 et PH15) concernant la notion de radiodiffusion et la responsabilité des organisations se trouvant à l'origine de la radiodiffusion, quelques réserves ont été avancées quant aux principes AW13 et AW14 (et, parallèlement, aux principes PH16 et PH17) relatifs aux questions du lieu où s'effectue la radiodiffusion dans le cas de diffusion par satellites de radiodiffusion directe et, par voie de conséquence, de la loi nationale applicable.

23. Les participants qui se sont opposés aux deux derniers principes n'ont pas présenté lors de la réunion de motifs juridiques particuliers à l'encontre de ce qui est dit aux paragraphes 77 à 83 du mémorandum préparé par les secrétariats et qui est exprimé dans les principes AW13, AW14, PH16 et PH17. Néanmoins, ils ont déclaré que l'application de ces principes soulèverait des difficultés juridiques et pratiques et qu'ils étaient, de ce fait, favorables à l'application de la loi du pays d'émission exclusivement (voir le paragraphe 52 du rapport).

24. Dans les paragraphes suivants, est analysée en premier lieu la question fondamentale de savoir si, sur la base des dispositions des conventions internationales, il est justifié ou non de limiter la notion de radiodiffusion à l'acte d'émission ou si la radiodiffusion par satellite devrait être considérée comme une communication publique, comprenant toutes les étapes par lesquelles doivent passer les signaux porteurs de programme afin de rendre le programme accessible au public (comme suggéré dans le mémorandum mentionné ci-dessus). Les

difficultés juridiques et pratiques signalées sont examinées après cette analyse.

25. Dans le domaine du droit d'auteur, la théorie selon laquelle la radiodiffusion devrait être considérée comme une simple émission de signaux semble être basée sur l'idée que les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins ne contiennent pas de définition de la "radiodiffusion" et que, par conséquent, la définition contenue dans le Règlement des radiocommunications de l'Union internationale des télécommunications (UIT) — selon lequel la radiodiffusion équivaut à l'émission de signaux — devrait être appliquée. Une telle approche ne semble pas justifiée. On pourrait s'interroger sérieusement sur le fait de savoir tout d'abord si, selon le Règlement des radiocommunications, la radiodiffusion, en général, et la radiodiffusion directe par satellite, en particulier, sont considérées avoir lieu seulement au point d'émission. Aucune analyse du Règlement des radiocommunications n'est cependant nécessaire puisque le fondement même de la théorie de l'émission peut être contesté; en fait, les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins contiennent bien des définitions de la radiodiffusion; tel est notamment le cas des Conventions de Berne et de Rome, mais ces définitions ne permettent pas d'appuyer la théorie de l'émission.

26. L'article 11<sup>bis</sup>, alinéa 1)<sup>1</sup> de la Convention de Berne prévoit : "Les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser : 1° la radiodiffusion de leurs oeuvres ou la communication publique de ces oeuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons et les images". La seconde partie de cette disposition, à savoir : "ou la communication publique [de ces oeuvres] par tout autre moyen servant à diffuser sans fil", indique clairement que, selon la Convention de Berne, la radiodiffusion est un mode de communication publique par diffusion sans fil (le plus usuel) à côté duquel il existe d'autres modes de communication publique par d'autres moyens de diffusion sans fil.

27. C'est ce qui ressort clairement de la Convention de Berne, et il serait difficile d'accepter toute autre définition de la radiodiffusion même si les participants à la conférence diplomatique de révision de Bruxelles (1948), qui sont à l'origine de l'adoption du texte de l'article 11<sup>bis</sup>, alinéa 1)<sup>1</sup> cité ci-dessus, avaient eu l'intention de suggérer quelque chose d'autre. Mais il semble bien que tel n'était pas le cas. La première phrase du rapport de la Sous-Commission pour la radiodiffusion et les instruments mécaniques de la conférence de Bruxelles établit clairement : "La sous-commission

a estimé, à l'unanimité, que le droit exclusif, accordé aux auteurs par la conférence diplomatique de Rome, 'd'autoriser la communication de leurs oeuvres au public par la radiodiffusion' devrait demeurer intangible". (Ceci est une référence à l'article 11<sup>bis</sup>, alinéa 1) de l'Acte de Rome de la convention qui prévoit : "Les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la communication de leurs oeuvres au public par la radiodiffusion" (non souligné dans le texte).

28. "Communication des oeuvres au public sans fil". Ceci est la teneur de la définition de la radiodiffusion dans la Convention de Berne qui constitue une définition juridique complète et parfaitement applicable. Il n'est pas nécessaire d'emprunter une définition juridique à un autre instrument international, tel que le Règlement des radiocommunications, dont l'objet n'est pas la propriété intellectuelle.

29. Dans cette définition, il n'y a aucun fondement pour soutenir la théorie de l'émission. Il est vrai qu'à un certain point du rapport de la sous-commission de la conférence diplomatique de Bruxelles mentionné ci-dessus, il est dit qu'il devrait être indiqué clairement que seulement l'émission était déterminante dans la radiodiffusion "à l'exclusion de la captation ou de l'écoute". Cependant, il est impossible d'édifier une théorie complète sur cette base du rapport, lorsque la convention n'utilise nulle part le mot "émission"; lorsqu'elle établit clairement que la radiodiffusion n'est pas une simple émission sans l'élément de communication publique, mais simplement le contraire, à savoir une communication publique, et lorsque le même rapport où se trouve cette référence ne laisse aucun doute sur le fait que la radiodiffusion demeure une communication publique. La teneur des développements rappelés ci-dessus dans le rapport ne s'articule pas autour du terme "émission" mais autour de l'intention de préciser clairement que la définition de la radiodiffusion n'implique nullement la nécessité de la "captation ou de l'écoute". Cette exclusion signifie uniquement que la radiodiffusion est considérée comme une communication publique, au sens général de l'expression, à savoir, bien que les oeuvres devraient être rendues accessibles au public (c'est-à-dire, les signaux devraient atteindre l'endroit où se trouve le public), la captation et l'écoute du programme ne sont pas une nécessité. Ceci s'apparente à l'hypothèse du programme propre câblé qui doit être diffusé aux abonnés pour être qualifié de communication publique, et celle-ci ne s'effectue pas seulement là où le centre de contrôle électronique du système de câble est situé mais dans tout le réseau du câble. Toutefois, pour qualifier

une telle diffusion de communication publique, ce n'est pas une condition que les abonnés reçoivent et voient effectivement le programme.

30. Dans la Convention universelle sur le droit d'auteur, le droit de radiodiffusion est mentionné à l'article IVbis sans y être défini. Depuis la conférence diplomatique de révision, à Paris, en 1971, à l'occasion de laquelle cet article a été inséré dans la convention, aucune déclaration n'a été faite sur la signification du mot "radiodiffusion"; il appartient à chaque Etat d'interpréter celui-ci.

31. A l'article 3, alinéa f) de la Convention de Rome, on entend par "émission de radiodiffusion" la diffusion de sons ou d'images et de sons par le moyen des ondes radioélectriques, aux fins de réception par le public". La notion d'émission n'est pas non plus mentionnée ici. Cette définition est en harmonie avec celle de la radiodiffusion employée dans la Convention de Berne. L'autre convention qui prévoit une protection des droits voisins en faveur des organismes de radiodiffusion — à savoir, la Convention satellites (qui, cependant, ne couvre pas les satellites de radiodiffusion directe) — ne contient pas de définition de la radiodiffusion.

32. Un des arguments avancés par les défenseurs de la théorie de l'émission est de dire que la radiodiffusion devrait être considérée comme ayant lieu au point d'émission et non, également, sur le territoire des pays couverts par l'"empreinte" du satellite, au motif que c'est "une interprétation traditionnelle" de la notion de radiodiffusion de considérer le point d'émission comme le seul lieu de la radiodiffusion. (Cet argument fut soulevé lors de la réunion Unesco-OMPI du Groupe d'experts sur les aspects droit d'auteur de la radiodiffusion directe par satellite de communication, qui s'est tenue à Paris en mars 1985.)

33. La simple référence aux "traditions" et à une "interprétation traditionnelle" peut cependant induire en erreur dans ce contexte. S'agissant de la radiodiffusion traditionnelle, dans l'écrasante majorité des cas, le pays du radiodiffuseur, le pays d'émission et le pays où s'effectue la communication publique ne faisaient qu'un; dès lors, si l'on affirmait, par exemple, que la loi applicable était la loi du pays d'émission, on avait généralement raison, puisque la loi en question était en même temps celle du pays au public duquel le programme était communiqué. Certaines questions n'ont commencé à se poser à propos de la radiodiffusion — ou du moins à prendre une certaine ampleur — qu'à partir du moment où les satellites sont entrés en fonction. C'est à présent qu'il convient de répondre à

ces questions sur lesquelles on ne s'était jamais interrogé auparavant. En matière de radiodiffusion par ondes courtes (laquelle est aussi souvent destinée à d'autres pays que le pays d'émission), on ne peut pas parler non plus de "traditions" justificatives. Les programmes de radio sur ondes courtes comprennent presque exclusivement des informations et reportages, d'une part, et des oeuvres musicales, d'autre part, pour lesquels ne se pose pas de problème juridique et économique aussi complexe, et ne sont pas de nature à perturber le marché au même titre que la radiodiffusion directe par satellites d'oeuvres audiovisuelles et dramatiques, par exemple, peut le faire. Il conviendrait aussi de tenir compte du fait que les informations et reportages ne sont en général pas protégés par le droit d'auteur et que la radiodiffusion de tout le répertoire musical mondial peut pratiquement être autorisée tout simplement par les sociétés d'auteur de gestion des "petits droits". Quelques problèmes juridiques auraient pu être soulevés dans ce domaine, mais ils ont été laissés de côté en vertu du principe *de minimis*.

34. C'est dans le domaine de la radiodiffusion directe par satellite qu'on peut mieux constater que la radiodiffusion se situe là où a lieu la communication publique sans fil. La communication publique commence par l'émission des signaux porteurs de programme vers le satellite, mais elle n'est pas achevée au point d'émission. Elle signifie que le programme est rendu accessible au public (sa réception effective par le public n'étant pas une condition supplémentaire). On ne saurait affirmer qu'au point d'émission — lorsque les signaux porteurs de programmes viennent de quitter la station terrestre en direction du satellite — le programme est déjà rendu accessible (c'est-à-dire communiqué) au public. La communication publique comporte deux phases de transmission des signaux : la liaison dite ascendante (ou trajet montant) et la liaison dite descendante (ou trajet descendant). L'ensemble du processus, avec ses diverses phases successives, doit être considéré comme communication publique sans fil (par ondes hertziennes), autrement dit comme une radiodiffusion.

35. Etant donné la clarté de la situation juridique *de lege lata* dans les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins, toutes les difficultés juridiques et pratiques signalées quant à l'application de la définition de la radiodiffusion comme communication publique pourraient servir seulement de base pour présenter des propositions *de lege ferenda* d'éventuelle révision des conventions, mais ne sauraient servir de fondement pour réfuter la validité de la définition existante. L'application de la théorie de l'émission ne se justifierait

que si les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins étaient modifiées et la définition de la radiodiffusion également en conséquence.

36. Les difficultés juridiques et pratiques concernant les principes proposés dans le mémorandum préparé par les secrétariats, et auxquelles se sont référés certains participants lors de la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes, sont énoncées au paragraphe 52 du rapport de cette réunion. La première difficulté mentionnée est qu'"il serait difficile de faire appliquer la loi d'autres pays où l'affaire était portée devant les tribunaux du pays d'émission et cela pourrait poser des problèmes d'extra-territorialité." Cette "difficulté" existe dans un grand nombre de cas où, en matière de conflit de lois, selon les principes du droit international privé, ce n'est pas le principe de la loi du for (*lex fori*) mais d'autres principes qui s'appliquent. Ceci se produit fréquemment car le droit international privé n'est pas réduit à la simple déclaration de l'application de la loi du for; il a recours souvent à l'application des lois étrangères. C'est pourquoi, si des difficultés existaient au niveau de l'application des lois étrangères, celles-ci seraient uniquement les difficultés habituelles pouvant résulter de l'application d'un principe de droit international privé différent de celui de la loi du for.

37. La deuxième difficulté mentionnée au paragraphe 52 du rapport est la suivante : "...si l'affaire était jugée par les tribunaux d'un pays couvert par l'"empreinte" du satellite, l'exécution de la décision rendue serait difficile à obtenir d'un radiodiffuseur dont le siège serait situé dans un autre pays..." Cette difficulté appelle trois remarques. Premièrement, il n'est pas nécessaire que l'affaire soit jugée par le tribunal d'un pays couvert par l'"empreinte" du satellite; le tribunal du pays où par exemple se trouve le siège de l'organisme de radiodiffusion peut aussi tenir compte de la loi du pays couvert par l'"empreinte" du satellite. (Le mémorandum suggère que la loi du pays d'émission et celle du pays couvert par l'"empreinte" du satellite soient toutes les deux prises en considération; l'éventualité que ce principe ne puisse pas être ou ne soit pas accepté par certains pays ne prouve pas qu'il est incorrect; un principe devrait être considéré sur la base de sa valeur intrinsèque.) Deuxièmement, les mêmes "difficultés" peuvent se présenter dans le cas de l'application de la théorie de l'émission si le pays où se trouve le siège de l'organisme de radiodiffusion est différent du pays d'émission. Troisièmement, comme souligné à la réunion du comité d'experts gouvernementaux, les

titulaires des droits pouvaient faire valoir leurs droits de façon efficace dans n'importe quel pays couvert par l'"empreinte" du satellite si l'organisme de radiodiffusion y détenait des avoirs (ce qui est très souvent le cas, compte tenu de l'extension des relations internationales dans ce domaine, y compris les activités publicitaires des radiodiffuseurs) (voir le paragraphe 54 du rapport).

38. La troisième difficulté mentionnée au paragraphe 52 du rapport est la suivante : "comparer les niveaux de protection du pays d'émission et du pays couvert par l'"empreinte" du satellite où était demandée la protection ne serait pas facile". Cette difficulté peut dépendre de la manière dont les principes proposés dans le mémorandum sont appliqués. Comme cela est expliqué aux paragraphes 43 et 44 ci-dessous, ces principes peuvent s'appliquer concrètement sans difficulté importante.

39. La quatrième et dernière difficulté mentionnée dans le même paragraphe du rapport est la suivante : "la notion d'"empreinte" n'était pas précise, compte tenu du phénomène de 'débordement'". C'est une question qui devrait être résolue par la législation ou par la jurisprudence, et cela sans difficulté majeure. Quand il s'agit de déterminer si tel pays est couvert par l'"empreinte" du satellite ou non, plusieurs éléments devraient être pris en considération (tels que l'intention de l'organisme de radiodiffusion; le fait que le programme peut être capté, par le grand public, au moyen d'appareils récepteurs d'usage courant sur tout le territoire ou sur une majeure partie du territoire du pays de l'"empreinte" — ce qui, bien entendu, est encore plus évident si l'on peut prouver que le programme est effectivement reçu par le public; la non-accessibilité du programme au public pour des raisons linguistiques ou de codage du programme; l'interdiction légale éventuelle de la captation du programme même si celui-ci peut être capté d'une autre manière, etc.). Une chose est certaine, cependant, c'est qu'il existe, sur la base de tous ces éléments, certains cas où le pays est couvert par l'"empreinte" du satellite.

40. Bien qu'elle n'ait pas été soulevée lors de la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes, une autre "difficulté d'ordre pratique" peut être mentionnée au regard de l'application des principes proposés dans le mémorandum, à savoir, si la radiodiffusion a lieu dans tous les pays couverts par l'"empreinte" du satellite, des problèmes risquent de se poser pour l'organisme de radiodiffusion afin d'obtenir toutes les autorisations nécessaires à la réalisation du programme. (Cette éventuelle difficulté a été mentionnée, par exemple, lors de la réu-

nion du groupe d'experts citée plus haut au paragraphe 32.)

41. Deux observations peuvent être faites à l'égard de cette dernière difficulté. D'une part, l'acquisition des droits dans plusieurs pays ne pose habituellement pas de difficulté pratique puisque le titulaire du droit dans les différents pays est la même personne dans la plupart des cas et lorsque ces droits sont administrés de manière collective, ils peuvent être obtenus dans tous les pays auprès d'un seul et même organisme, à savoir, l'organisme du pays du radiodiffuseur, puisque celui-ci représente aussi habituellement les organismes des autres pays concernés. D'autre part, si le titulaire d'un droit ne souhaite pas autoriser la diffusion d'un programme aux fins de réception par le public dans un pays — par exemple, parce qu'il ne désire pas qu'un passage en télévision ait lieu dans un pays avant la représentation théâtrale dans un autre — il lui suffit d'exercer son droit. Il n'y a aucune raison d'ignorer les intérêts justifiés du titulaire du droit d'auteur et de ses droits clairement établis, au motif que leur existence crée quelques "problèmes" au radiodiffuseur. Il peut arriver — quoique rarement — que les droits soient détenus par différentes personnes dans différents pays couverts par la radiodiffusion par satellite. Dans une telle situation, le radiodiffuseur devra obtenir l'autorisation non pas d'un seul mais de deux ou plusieurs détenteurs de droit. Toutefois, cette situation n'est pas unique ni propre à la radiodiffusion par satellite. Elle existe aussi à l'égard d'autres utilisations d'oeuvres et se trouve réglée par le biais de solutions contractuelles appropriées. Une approche identique peut être envisagée vis-à-vis de la radiodiffusion par satellite, d'autant plus qu'il est aussi de l'intérêt du titulaire du droit d'auteur de voir son oeuvre utilisée dans un cercle aussi vaste que possible, y compris au moyen de la radiodiffusion par satellite.

42. L'analyse des difficultés signalées relatives à l'application des principes proposés dans le mémorandum préparé par les secrétariats semble prouver clairement qu'aucune d'entre elles n'est suffisamment sérieuse pour justifier la non-application de ces principes. Au surplus, comme il est dit dans le rapport de la réunion du comité d'experts gouvernementaux, l'acceptation et l'application de la théorie de l'émission expliquée ci-dessus "créerait certains problèmes pratiques mais pourrait déboucher et, dans bien des cas, déboucherait effectivement sur un déni complet des droits exclusifs — ou des droits en général — des titulaires du droit d'auteur ou des droits voisins : si, dans le pays d'émission, il n'existait pas de protection appropriée de ces droits ou pas de protection du tout, leurs titulaires seraient laissés sans aucune protection" (voir paragraphe 53 du rapport).

43. Il résulte des paragraphes précédents qu'aucune modification essentielle ne semble nécessaire aux principes proposés dans le mémorandum préparé par les secrétariats au regard de la radiodiffusion directe par satellites. Néanmoins, une nouvelle variante (variante B) est proposée dans l'ensemble révisé de principes à la deuxième phrase du principe AW14 (et, parallèlement, à la deuxième phrase du principe PH17). Deux raisons pour cette nouvelle variante : la première, les deuxième phrases de la version originale des principes concernés sont d'ordre général; bien que cette signification d'ordre général paraisse demeurer fondamentalement exacte, elle peut difficilement s'appliquer directement telle quelle. La nouvelle variante offre un ensemble d'éléments sur la base duquel la comparaison des différentes lois nationales concernées s'avère possible et dépourvue d'ambiguïté. La seconde, une tendance intéressante se dégage du point de vue soutenu par les défenseurs de la théorie de l'émission : bien qu'ils persistent à soutenir que la théorie de l'émission est correcte, ils acceptent implicitement certains éléments des principes proposés dans le mémorandum préparé par les secrétariats. Tous ces éléments pris ensemble reviennent à accepter en pratique la teneur des principes proposés dans le mémorandum. L'orientation de cette tendance est encore plus évidente lorsqu'on tient compte de la nouvelle variante de la seconde phrase du principe AW14 (et, parallèlement, du principe PH17).

44. La nouvelle variante correspond à la déclaration du directeur général de l'OMPI sur l'application pratique des principes proposés dans le mémorandum préparé pour la réunion du comité d'experts gouvernementaux. Le paragraphe déterminant (paragraphe 54) du rapport de la réunion prévoit :

"Le directeur général de l'OMPI a déclaré que, lorsque la législation du pays d'émission reconnaissait un droit exclusif d'autorisation, il n'était généralement pas nécessaire, dans la pratique, d'invoquer la législation de pays couverts par l'empreinte du satellite puisque tout droit exclusif impliquait la nécessité d'un accord, et que cet accord tiendrait compte de la taille de l'empreinte. En revanche, quand le pays d'émission prévoyait un régime de licences obligatoires ou ne reconnaissait aucun droit, il n'existait aucune possibilité de négociation entre les titulaires des droits et l'organisme d'émission des signaux. C'est dans de tels cas que les lois des pays couverts par l'empreinte devenaient pertinentes et puisque, selon la Convention de Berne, 'radiodiffusion' signifiait transmission et non pas simplement émission, il fallait les prendre en considération."

45. La nouvelle variante correspond aussi à certains nouveaux développements — mentionnés au paragraphe 43, ci-dessus — qui, selon les défenseurs de la théorie de l'émission, sont intervenus à ce sujet. La situation d'un point de vue du droit d'auteur en matière de radiodiffusion par satellites étant devenues plus claires à la suite des débats qui ont eu lieu au cours de différents forums, les opposants aux principes proposés dans le mémorandum préparé par les secrétariats semblent avoir changé d'avis et s'être rapprochés un peu plus de ces principes. Malgré tout, certains soutiennent encore que la radiodiffusion directe par satellites a lieu seulement dans le pays d'émission et non pas dans les pays où le programme est rendu accessible au public, mais ils reconnaissent que, si la loi du pays d'émission ne prévoit pas de protection, et que celle du pays couvert par l'"empreinte" en prévoit une, il convient d'appliquer alors cette dernière. La plupart d'entre eux sont également d'avis que, si des licences obligatoires sont prévues dans le pays d'émission mais pas dans un pays couvert par l'"empreinte", le régime des licences obligatoires n'est pas applicable (ce qui veut dire que les lois des pays couverts par l'"empreinte" doivent être aussi prises en considération). Quelques opposants aux principes considèrent qu'il convient de tenir compte du public dans les pays couverts par l'"empreinte" pour le calcul des redevances; quelques-uns proposent aussi de tenir compte des droits et des intérêts des détenteurs de droits dans les pays couverts par l'"empreinte" en plus de ceux dans le pays d'émission, etc. Prises dans leur ensemble, ces considérations peuvent être interprétées comme une acceptation, en pratique, des principes proposés dans le mémorandum. Il est important de souligner, toutefois, que celles-ci peuvent difficilement reposer sur la théorie de l'émission pure et simple; elles semblent plutôt être un déni pratique du fondement de cette théorie. Il paraît en effet contradictoire de dire d'une part qu'une oeuvre n'est utilisée que dans un pays A et de proposer en même temps de tenir compte de la loi du pays B et, d'autre part, qu'elle n'est pas utilisée dans un pays et, ensuite, de calculer les redevances sur la base de son utilisation (communication publique) dans ce pays, etc.

#### Satellites du service fixe

46. Lors de la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes, plusieurs participants ont déclaré qu'ils appuyaient sans réserve les principes AW15 à AW19 (voir paragraphe 55 du rapport de la réunion). Certains autres participants ont estimé, toutefois, que la transmission de programmes par sa-

tellite du service fixe ne devrait pas être qualifiée de radiodiffusion mais plutôt de simple transport technique de signaux (paragraphe 56 du rapport).

47. Le mémorandum préparé par les secrétariats pour cette réunion indique aux paragraphes 101 à 107 que la possibilité d'une réception *directe* (qui est un élément de la définition de la radiodiffusion contenue dans le Règlement des radiocommunications de l'Union internationale des télécommunications (UIT)) n'est pas un élément de la définition de la radiodiffusion contenue dans les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins. D'après celles-ci, la radiodiffusion s'entend de la communication publique sans fil. Sur la base de cette définition, ce qui importe en fait au regard des satellites du service fixe, semble-t-il, c'est de savoir si le processus complet de distribution au public du programme porté par les signaux a été décidé et programmé de façon certaine dès le début de la diffusion ou si, au contraire, la distribution effective au public demeurerait alors subordonnée à des décisions devant être prises ultérieurement, soit par l'organisme d'origine, soit par la station terrienne de distribution. La diffusion de signaux porteurs de programmes simplement destinés à être stockés et à être communiqués ensuite au public ne constitue pas une radiodiffusion, même si les programmes ont été produits en vue d'une radiodiffusion. Par ailleurs, la diffusion de signaux porteurs de programmes qui consiste en un processus unique déterminé, comportant plusieurs phases successives ayant pour fin d'atteindre le grand public, devrait être considérée comme une radiodiffusion, et ce, dès l'émission initiale des signaux en cause, même si ceux-ci ne sont pas encore accessibles au public.

48. Il résulte du paragraphe précédent qu'il existe deux types de satellites du service fixe. Le premier devrait être considéré comme étant la première phase de l'ensemble du processus de communication publique, c'est-à-dire comme étant une partie de la radiodiffusion; le second type n'est rien d'autre qu'un simple transport technique des signaux. Cette éventuelle différence n'était pas prévue dans l'ensemble des principes d'origine; elle l'est dans la nouvelle version des principes (en particulier, le principe AW15 et, parallèlement, le principe PH18).

49. Certaines difficultés pratiques relatives à l'application des principes portant sur la radiodiffusion par satellites du service fixe ont été aussi mentionnées (voir le paragraphe 57 du rapport) comme cela a été fait pour l'application des principes portant sur la radiodiffusion directe par satellite. Savoir si ces difficultés sont réelles ou non dépend de

l'application pratique du principe AW18 (et, parallèlement, le principe PH21). Les deux dernières phrases de ce principe ont été conservées et constituent la variante A, et une nouvelle variante B est proposée pour illustrer la possibilité d'une application simple et facile de la teneur de ce principe. Bien que l'application de la loi du pays où a lieu la phase finale de radiodiffusion — de la station terrienne vers le public — apparaisse être un point de départ réaliste, selon la teneur de ce principe, dans certaines situations (au moins lorsqu'il n'y a pas de protection dans le pays de la phase finale de radiodiffusion), la loi du pays d'émission devrait être prise en compte et appliquée comme une solution transitoire au lieu de celle du pays de la phase finale de radiodiffusion. Contrairement à la variante B de la deuxième phrase du principe AW14 (et du principe PH17), cette variante B ne mentionne pas les licences obligatoires, parce que dans cette hypothèse il y a deux organismes responsables conjointement et solidairement vis-à-vis des titulaires des droits, et parce que ces derniers font valoir leurs droits par le biais de l'organisme transmettant les signaux de la station terrienne vers le public. L'application de la loi du pays d'émission peut donc se justifier seulement s'il n'y a pas de protection dans le pays de la phase finale de radiodiffusion. Néanmoins, cette application peut être étendue lorsqu'il y a un régime de licences obligatoires dans le pays de la phase finale de radiodiffusion et lorsque cette limitation n'existe pas dans le pays d'émission.

#### *Distribution par câble*

50. Les principes AW20 à AW34 (et, parallèlement, les principes PH23 à PH42) étaient pratiquement la reproduction, avec quelques petits changements, des principes correspondants des "Principes commentés de protection des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion en ce qui concerne la distribution de programmes par câble", adoptés par les Sous-comités du Comité exécutif de l'Union de Berne, du Comité intergouvernemental de la Convention universelle sur le droit d'auteur et du Comité intergouvernemental de la Convention de Rome sur la télévision par câble à Genève, du 5 au 7 décembre 1983 et, ensuite, approuvés par le Comité exécutif de l'Union de Berne, le Comité intergouvernemental de la Convention universelle sur le droit d'auteur et le Comité intergouvernemental de la Convention de Rome, également à Genève en décembre 1983 (dans les deux cas, avec certaines réserves émises par quelques participants).

51. Lors de la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les

phonogrammes, aucune autre proposition n'a été présentée en plus de celles considérées par les sous-comités et comités mentionnés au paragraphe précédent. Par conséquent, la nouvelle série de principes ne contient aucun changement dans les principes relatifs à la distribution par câble.

#### *Distribution par câble de programmes transmis par satellites du service fixe*

52. Dans le cadre de ce chapitre du mémorandum soumis au Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes et dans le cadre des principes proposés sur la distribution par câble des programmes, seul le point suivant est inclus dans le rapport de la réunion de ce comité : "Etant donné que les principes AW35 à AW38 renvoyaient expressément aux principes précédents ou contenaient pratiquement les mêmes solutions, les participants ont estimé que les vues exprimées au sujet de ces principes valaient dans l'ensemble pour les principes AW35 à AW38" (voir paragraphe 64).

53. Il ressort de l'absence du commentaire distinct sur les principes AW35 à AW38 (et, parallèlement, les principes PH43 à PH46) et du fait que — comme indiqué au paragraphe précédent — ces principes constituent des adaptations des principes relatifs aux satellites du service fixe, que les seules modifications qui y ont été apportées correspondent à celles qui ont été effectuées dans les principes relatifs aux satellites du service fixe.

## PHONOGRAMMES

54. A une exception près (à savoir, celle de la question des utilisations secondaires de phonogrammes aux fins de radiodiffusion ou de toute autre forme de communication au public), les principes et le commentaire figurant dans le mémorandum établi par les secrétariats pour la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres audiovisuelles et les phonogrammes portaient, pour ce qui concerne les phonogrammes, sur les mêmes questions que celles qui étaient examinées dans le chapitre consacré aux oeuvres audiovisuelles (piraterie, reproduction privée, location et prêt public, radiodiffusion par satellite, distribution par câble et distribution par câble de programmes transmis par satellites du service fixe), et les deux séries de principes ne différaient que sur des points mineurs. C'est pourquoi le Comité d'experts gouvernementaux n'a procédé à un examen approfondi de ces questions que par rapport aux oeuvres audiovisuel-

les. Lorsque, au cours de la deuxième partie de la réunion, les mêmes questions ont été abordées par rapport aux phonogrammes, le débat consacré aux oeuvres audiovisuelles a simplement été évoqué de façon générale et il a été indiqué dans le rapport que les observations formulées à ce sujet étaient aussi valables, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne les phonogrammes (voir les paragraphes 69, 73, 76, 78, 81 et 82 du rapport).

55. La conception du mémorandum précité et l'organisation des débats de la réunion du comité d'experts gouvernementaux ont aussi déterminé la méthode suivie dans le présent mémorandum pour traiter des oeuvres audiovisuelles et des phonogrammes. Dans le présent chapitre, il est simplement fait succinctement référence aux paragraphes du chapitre relatif aux oeuvres audiovisuelles qui se rapportent aux mêmes questions.

56. Certaines questions plus générales touchant au régime juridique de la protection des phonogrammes ont cependant été soulevées à l'occasion de la réunion du comité d'experts gouvernementaux. Elles seront examinées ci-après, avant les questions plus particulières relatives à cette protection.

#### *Le régime juridique de la protection des phonogrammes*

57. Comme il ressort du paragraphe 67 du rapport de la réunion, certains participants se sont "dits préoccupés par le fait que le [mémorandum] ne mettait pas suffisamment l'accent sur le caractère créateur de l'activité des producteurs de phonogrammes, en vertu duquel la législation sur la propriété intellectuelle de plusieurs pays accordait la protection du droit d'auteur plutôt que la protection des droits voisins, le cas échéant, à ses producteurs". Il n'a pas été proposé de modifier, compte tenu des remarques précitées, les principes régissant la protection des phonogrammes mais les participants en question ont demandé "qu'il soit tenu compte de cette observation au cas où le commentaire donnerait lieu à de nouveaux travaux".

58. Les secrétariats ont étudié attentivement les questions évoquées au paragraphe précédent et ont conclu que les préoccupations exprimées en ce qui concerne le mémorandum ne paraissaient pas justifiées.

59. Le mémorandum a pour objet de traiter de certaines questions d'actualité concernant la protection des oeuvres audiovisuelles et des phonogrammes. Le comité n'avait pas pour mission de

réfléchir à la question de savoir si les oeuvres littéraires et artistiques (y compris les oeuvres audiovisuelles), d'une part, et les interprétations ou exécutions, les phonogrammes et les émissions de radiodiffusion, d'autre part, doivent ou non être protégés et, dans l'affirmative, pour quelles raisons et au titre de quels principes juridiques. C'est pourquoi ces questions ne sont traitées dans le mémorandum ni par rapport aux titulaires du droit d'auteur sur des oeuvres audiovisuelles et des oeuvres littéraires et artistiques comprises dans des phonogrammes ni par rapport aux artistes interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes et aux organismes de radiodiffusion. C'est aussi pourquoi, par conséquent, la question de savoir si l'activité des producteurs de phonogrammes est de nature créatrice n'a pas non plus été examinée.

60. La question de savoir si l'activité des producteurs de phonogrammes peut ou non être qualifiée de créatrice dépend de la définition que l'on retient du terme "création", qui est elle-même fonction du contexte dans lequel on entend l'utiliser. En l'espèce, le contexte est celui de la protection au titre du droit d'auteur et, plus précisément la question de la définition des domaines respectifs de la protection au titre du droit d'auteur et de la protection au titre des droits voisins. Il semble aussi évident qu'il n'est pas possible de répondre précisément à cette question sans déterminer clairement la portée des notions de droit d'auteur (*copyright*), d'une part, et de droits voisins, d'autre part.

61. Le terme "*copyright*" a deux acceptations dans la doctrine et dans les textes législatifs nationaux.

62. La première est celle qui équivaut au français "le droit d'auteur", à l'espagnol "*el derecho de autor*", au russe "*avtorskoye pravo*", etc., c'est-à-dire aux droits sur des oeuvres littéraires, scientifiques et artistiques créées par des auteurs.

63. Dans la Convention de Berne et dans la Convention universelle sur le droit d'auteur, le terme "*copyright*" est employé dans cette acception plus restrictive. Cela ressort à l'évidence non seulement du fait que ce même terme a été retenu pour rendre aussi bien l'expression "le droit d'auteur" du texte authentique français de la Convention de Berne que les expressions "le droit d'auteur" et "*el derecho de autor*" des textes authentiques français et espagnol de la Convention universelle sur le droit d'auteur, mais aussi de ce que les conventions précitées protègent uniquement les oeuvres littéraires, scientifiques et artistiques créées par des auteurs.

64. A la conférence diplomatique qui a adopté la Convention universelle sur le droit d'auteur à Ge-



nève en 1952, un débat assez approfondi s'est instauré au sujet de la liste des oeuvres à protéger ainsi que de la notion de publication qui paraît pertinente du point de vue du régime applicable aux phonogrammes au regard du droit d'auteur. On trouvera aux paragraphes 65 à 72 ci-après une analyse succincte de ces débats, établie par le secrétariat de l'Unesco.

65. A l'époque de la rédaction du texte initial de la Convention universelle sur le droit d'auteur (qui fut ensuite soumis à l'examen de la Conférence intergouvernementale du droit d'auteur), le Comité de rédaction n'avait pas mentionné les phonogrammes, à l'article premier, parmi les exemples d'"oeuvres littéraires, artistiques et scientifiques" devant être protégées en vertu de la convention. Seuls étaient mentionnés "les écrits, les oeuvres musicales, dramatiques et cinématographiques, les oeuvres de peinture et de sculpture" (voir les Actes de la Conférence intergouvernementale du droit d'auteur, Genève, 18 août – 6 septembre 1952, publiés par l'Unesco, 1955, p. 344).

66. Parmi les oeuvres que les délégués d'Etat proposèrent à la Conférence intergouvernementale du droit d'auteur de faire figurer dans la liste non exhaustive des oeuvres, lors de l'examen du projet de texte de l'article premier, figuraient "les oeuvres orales, les oeuvres d'architecture et de gravure, celles qui relèvent des arts nationaux, les oeuvres dramatiques, les dessins techniques et les traductions" (rapport du rapporteur général, Actes ..., p. 76). Il ne se trouva aucun délégué pour proposer de mentionner les phonogrammes à l'article premier, et cela n'était pas un hasard, comme le montre clairement le débat consacré au projet de texte de l'article VI concernant la notion de "publication" des oeuvres.

67. Le texte de l'article VI proposé à l'examen du Comité de rédaction avait la teneur suivante : "Par 'publication', au sens de la présente Convention, il faut entendre la reproduction sous une forme matérielle et la mise à disposition du public d'exemplaires de l'oeuvre permettant de la lire ou d'en prendre connaissance *visuellement*" (non souligné dans l'original, Actes ..., p. 360). Comme le précise le rapport du rapporteur général de la conférence, "... certaines délégations auraient voulu inclure dans la définition une mention des divers moyens qui permettent de prendre connaissance d'une *oeuvre* par audition, de façon que l'édition d'une *oeuvre* sur disques phonographiques constituât en soi une publication de l'*oeuvre*. Elles alléguaient à cet égard que beaucoup d'*oeuvres* étaient maintenant portées à la connaissance du public sous forme de disques..." (non souligné dans l'original, Actes ...,

p. 86). D'autres délégations ont indiqué que dans leur pays "les disques n'étaient considérés que comme le moyen de *fixer* une exécution des oeuvres ..." (non souligné dans l'original, Actes..., p. 87). Mais, après une analyse des conséquences pratiques d'une définition de la "publication" englobant les disques phonographiques, il a été conclu que cette définition élargie "aurait pour première conséquence d'assurer la protection des *oeuvres* de ressortissants d'un pays non contractant livrées pour la première fois sous forme de *disques* dans un Etat contractant" (non souligné dans l'original, Actes..., p. 87). Etant donné que pour de nombreux Etats le résultat précité était inacceptable, la conférence a adopté le texte de l'article VI proposé par le Comité de rédaction.

68. La lecture des interventions des délégués à la conférence apporte confirmation du fait que les disques phonographiques étaient non seulement considérés comme ne relevant pas de la catégorie des oeuvres littéraires, scientifiques ou artistiques mais encore expressément exclus de la protection découlant de la convention (voir les Actes..., p. 184 à 186).

69. Par exemple, au début de l'examen de l'article VI au sein de la Commission principale, le président, présentant les projets d'amendement proposés par l'Autriche, l'Espagne et le Canada, en a résumé l'objet en disant qu'ils tendaient à "inclure l'édition phonographique dans la notion de publication" des oeuvres. La délégation du Canada a déclaré que "[l]es disques de gramophone ... constitu[ai]ent des exemplaires tangibles d'une oeuvre ...". La délégation des Etats-Unis d'Amérique a évoqué une décision judiciaire rendue dans son pays, aux termes de laquelle "les disques de gramophone ne constitu[ai]ent pas des exemplaires d'une oeuvre mais ... [faisaient] partie d'une machine". La délégation de l'Espagne a déclaré qu'elle ne souscrivait pas à cette dernière affirmation et qu'il ne lui était pas non plus possible d'"admettre l'idée ... selon laquelle 'l'adaptation' enregistrée sur un disque constitue une oeuvre différente de l'oeuvre originale, jouissant d'une protection indépendante"; elle a estimé que le disque constituait "la reproduction la plus exacte de ce qu'a voulu faire le compositeur"; selon elle, il était illogique "que les oeuvres reproduites à des milliers d'exemplaires au moyen de disques ne soient pas considérées comme publiées"; elle a affirmé que "le disque est une forme de reproduction dont l'oeuvre constitue le contenu".

70. La Conférence intergouvernementale du droit d'auteur a, on l'a vu, décidé de ne pas mentionner l'"édition phonographique" d'oeuvres dans

la définition de la publication. Cette décision n'est pas sans conséquences juridiques pour la question à l'étude. Si l'on persiste à estimer que la Convention universelle sur le droit d'auteur s'applique également à la protection des phonogrammes, il est difficile de répondre à la question de savoir quel acte constituerait une publication d'un phonogramme. Toute oeuvre littéraire, scientifique ou artistique peut être publiée en mettant à la disposition du public des exemplaires permettant "de la lire ou d'en prendre connaissance visuellement". Mais, si cette définition (article VI) est appliquée aux phonogrammes en tant que catégorie particulière d'"oeuvres", ils ne seront jamais publiés car les phonogrammes ne peuvent pas être lus et ne comportent aucun élément dont il soit possible de prendre connaissance visuellement, si ce n'est, évidemment, leur aspect extérieur. Celui-ci ne constitue cependant pas une création intellectuelle, à moins qu'il ne renferme une oeuvre distincte des beaux-arts.

71. La question de la possibilité de protection des phonogrammes dans le cadre de la Convention universelle sur le droit d'auteur ne s'est pas posée à la conférence diplomatique de révision de la convention, à Paris, en 1971.

72. Par conséquent, tant que la Convention universelle sur le droit d'auteur n'aura pas été révisée de manière correspondante pour s'appliquer à la protection des phonogrammes, le secrétariat de l'Unesco ne se considérera habilité à proposer à l'examen aucun principe concernant la protection des phonogrammes au titre du droit d'auteur.

73. L'analyse qui précède porte uniquement sur la question du régime juridique applicable aux phonogrammes d'après l'acception la plus restrictive du terme "*copyright*", c'est-à-dire celle qui a été retenue dans les conventions internationales sur le droit d'auteur. Mais le terme "*copyright*" peut aussi être employé dans un sens plus large, comme c'est notamment le cas dans les législations nationales des pays de tradition juridique anglo-américaine. Il s'applique alors aussi à la protection d'autres objets que les oeuvres littéraires, scientifiques et artistiques originales, par exemple à celle des émissions de radiodiffusion, des programmes propres câblés, des signaux porteurs de programme ou de la présentation typographique des éditions publiées, et c'est généralement ainsi qu'en vertu de certaines législations nationales, les "phonogrammes" sont aussi protégés au titre du "*copyright*", au sens le plus large du terme.

74. Compte tenu du fait que les deux conventions sur le droit d'auteur emportent uniquement

l'obligation de protéger les oeuvres littéraires et artistiques créées par des auteurs et que les phonogrammes ne sont pas considérés comme relevant de cette catégorie, ces conventions n'offrent aucune protection aux phonogrammes au niveau international. Si une telle protection avait été assurée, il n'aurait pas été nécessaire de prévoir des dispositions à cet effet dans le cadre de la Convention de Rome et de la Convention phonogrammes.

75. L'expression "droits voisins" (ou "droits apparentés") n'est pas employée dans la Convention de Rome ni dans la Convention phonogrammes. Ces deux textes prévoient simplement la protection des producteurs de phonogrammes, la Convention de Rome prévoyant également celle des artistes interprètes ou exécutants et des organismes de radiodiffusion. Il semble donc préférable d'éviter d'employer — tout au moins dans des dispositions juridiques — l'expression "droits voisins" (ou "droits apparentés") à propos des droits des producteurs de phonogrammes, de même qu'à propos de ceux des artistes interprètes ou exécutants ou des organismes de radiodiffusion; il paraît plus indiqué de faire simplement état des "droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion".

76. L'expression "droits voisins" est généralement employée par souci de concision. Selon les droits qui sont visés, elle peut être interprétée plus ou moins restrictivement ou extensivement, mais il est en toute hypothèse parfaitement clair qu'elle désigne d'autres droits que ceux qui portent sur les oeuvres littéraires et artistiques (droits conférés au regard de certaines activités qui, généralement, sont indispensables pour la diffusion des oeuvres littéraires et artistiques). (Au sens classique — et plus restrictif — du terme, c'est la protection des droits des bénéficiaires de la Convention de Rome, c'est-à-dire des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, qui est visée. Dans un sens plus large, l'expression "droits voisins" est employée pour désigner non seulement la protection des interprétations ou exécutions, des phonogrammes et des émissions de radiodiffusion mais aussi celle des signaux porteurs de programmes, des programmes propres câblés et de la présentation typographique des éditions publiées. Dans son sens extensif, enfin, l'expression "droits voisins" s'applique aussi à la protection des photographies ne constituant pas des oeuvres photographiques, des catalogues et des compilations ne pouvant être qualifiés d'oeuvres littéraires et artistiques ainsi que de tous objets de même nature. Les droits afférents à cette dernière catégorie de productions sont parfois dénommés "droits apparentés". Dans certains pays,

cependant, ce terme est aussi employé comme synonyme de “droits voisins”.)

77. L'expression “droits voisins” (de même que l'expression “droits apparentés”) ne se justifie, comme on l'a vu plus haut, que par opposition au “*copyright*” au sens le plus restrictif du terme, c'est-à-dire au sens de droit d'auteur sur des oeuvres littéraires et artistiques. La mention consignée au paragraphe 67 du rapport de la réunion du comité d'experts gouvernementaux, selon laquelle “la législation sur la propriété intellectuelle de plusieurs pays [accorde] la protection du droit d'auteur plutôt que la protection des droits voisins” ne peut donc être considérée comme exacte que si les lois des pays auxquels il est fait allusion assurent la protection des phonogrammes en tant que catégorie d'oeuvres littéraires et artistiques et étendent à cette catégorie d'oeuvres la protection minimum prescrite par les conventions internationales sur le droit d'auteur auxquelles ces pays sont parties (y compris l'obligation d'appliquer le principe du traitement national). Tel ne semble pas, cependant, être le cas, en règle générale.

78. Il existe en fait plusieurs pays — dont la plupart sont de tradition juridique anglo-américaine — où les phonogrammes sont protégés en vertu de la législation sur le droit d'auteur et où cette protection est dite protection au titre du “droit d'auteur” (*copyright*). Il ressort cependant de l'analyse des dispositions pertinentes de ces législations nationales qu'il ne s'agit pas en l'occurrence de protection au titre du “droit d'auteur” au sens le plus restrictif du terme, c'est-à-dire au sens où il est employé dans les conventions internationales sur le droit d'auteur, et que ce terme revêt en l'espèce un sens différent et beaucoup plus large. Dans pratiquement tous les pays où les phonogrammes sont protégés en vertu de la législation sur le droit d'auteur, il est précisé, dans la liste des objets protégés par le “droit d'auteur” proprement dit, que les phonogrammes ne sont pas des oeuvres littéraires et artistiques (mais des objets d'une autre nature, ou que, s'il s'agit malgré tout d'“oeuvres”, celles-ci ne peuvent être qualifiées de littéraires et artistiques). En outre, dans la quasi-totalité des cas, la protection ne répond pas aux conditions minimums fixées aux termes des conventions internationales sur le droit d'auteur : les droits auxquels les pays parties à ces conventions sont tenus d'étendre la protection ne sont pas tous protégés et/ou la durée de la protection est inférieure à celle qui est fixée dans la Convention de Berne, par exemple, et/ou le traitement national n'est pas appliqué, etc.

79. Compte tenu du fait, d'une part, que l'expression “droits voisins” désigne des droits d'une autre

nature que le droit d'auteur sur les oeuvres littéraires et artistiques et, d'autre part, que dans les pays précités les phonogrammes ne sont pas protégés en tant qu'oeuvres littéraires et artistiques (et que, par conséquent, leur protection ne correspond pas aux obligations minimums découlant des conventions internationales sur le droit d'auteur), la protection des phonogrammes dans les pays en question peut aussi être qualifiée de protection au titre des “droits voisins”.

80. On peut évidemment dire que, bien que la mention consignée au paragraphe 67 du rapport de la réunion du comité d'experts gouvernementaux, selon laquelle “la législation sur la propriété intellectuelle de plusieurs pays [accorde] la protection du droit d'auteur plutôt que la protection des droits voisins”, ne semble pas se justifier si l'on s'en tient à l'acception généralement admise — et rappelée plus haut — des termes “droit d'auteur” et “droits voisins”, elle peut néanmoins se révéler exacte compte tenu du fait que, dans les pays en cause, la notion de “droits voisins” n'est pas reconnue. Le régime applicable est dit “de droit d'auteur” (*copyright*) également pour ce qui concerne les phonogrammes, et il convient donc de retenir la terminologie employée dans la loi elle-même et de parler de protection au titre du “droit d'auteur”; il est alors possible d'affirmer, dans ces conditions, que, dans les pays en question, les producteurs de phonogrammes jouissent de la protection du droit d'auteur plutôt que de la protection des droits voisins. La mention précitée serait cependant ambiguë et trompeuse si elle ne reposait sur aucune autre justification. L'expression “droits voisins” désigne en effet des droits *autres* que ceux qui protègent les oeuvres littéraires et artistiques, c'est-à-dire autres que le droit d'auteur, au sens où ce terme est employé dans les conventions internationales applicables en la matière; par conséquent, le fait de dire qu'une protection est accordée non pas au titre des “droits voisins” mais au titre du “droit d'auteur” revient à laisser entendre que les phonogrammes sont protégés en tant qu'oeuvres littéraires et artistiques et qu'ils jouissent du droit d'auteur au sens dans lequel ce terme est employé dans les conventions internationales sur le droit d'auteur; or, cela n'est pas non plus le cas, on l'a vu, dans les pays visés dans la mention précitée.

81. Par ailleurs, on peut aussi se demander s'il est exact de prétendre que dans les pays dits de “droit d'auteur”, les “droits voisins” ne sont pas reconnus. Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 75, l'expression “droits voisins” ne figure pas dans les textes des conventions internationales et elle ne se trouve pas non plus forcément dans les textes de loi des pays où le terme “droit d'auteur” n'est pas

employé par rapport à la protection des phonogrammes. Il faut aussi rappeler que l'expression "droits voisins" est employée par souci de concision (et ne correspond à aucune dénomination officiellement admise) et désigne simplement des droits autres que le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques (c'est-à-dire des droits autres que ceux qui sont protégés aux termes des conventions internationales sur le droit d'auteur). Dans cette acception généralement admise, l'expression "droits voisins" est aussi reconnue et employée dans des pays où les phonogrammes sont protégés par le "droit d'auteur" (*copyright*) au sens le plus large du terme. L'une des études de droit comparé publiées dans un pays de tradition juridique anglo-américaine qui est le plus souvent citée dans ce domaine est l'ouvrage de Stephen M. Stewart intitulé *International Copyright and Neighbouring Rights* (Londres, Butterworths, 1983). Dans cet ouvrage, l'expression "droits voisins" est également employée pour désigner la protection des phonogrammes par le "droit d'auteur" (*copyright*) (au sens large) dans les pays de tradition juridique anglo-américaine. Par exemple, la deuxième partie du chapitre consacré aux Etats-Unis d'Amérique (rédigé par Mme Barbara Ringer, ancien Register of Copyrights) a pour titre *Neighbouring Rights in the United States of America*. [les droits voisins aux Etats-Unis d'Amérique], et la protection des phonogrammes au titre du "droit d'auteur" (*copyright*) est également traitée sous ce titre. L'expression "droits voisins" figure aussi dans des textes officiels évoquant la protection par le "droit d'auteur" (*copyright*) des phonogrammes en tant qu'objets autres que des œuvres littéraires et artistiques. Par exemple, dans le rapport publié en octobre 1985 par le Sous-comité sur la révision du droit d'auteur de la Chambre des Communes du Canada (paru sous le titre *Une charte des droits des créateurs et créatrices*), la deuxième partie, intitulée "Les œuvres protégées" ("*Works Protected by Copyright*"), est suivie d'une troisième, intitulée "Les droits voisins" ("*Neighbouring Rights*"), dans laquelle les enregistrements sonores sont mentionnés en tant qu'œuvres faisant l'objet d'un droit d'auteur (au sens large).

82. Il ressort de certaines déclarations des représentants des producteurs de phonogrammes que ces derniers semblent trouver quelques avantages à souligner que, dans certains pays, la protection conférée aux producteurs de phonogrammes est une protection de droit d'auteur plutôt que de droits voisins car un régime de protection dit de droit d'auteur leur paraît de nature à être plus généreux (car plus proche des normes de protection des œuvres littéraires et artistiques au titre du droit d'auteur). Cette opinion ne semble pas justifiée.

Les législateurs et les pouvoirs publics détermineront le niveau de protection en fonction de la nature des productions phonographiques et des considérations particulières de propriété intellectuelle qui s'y attachent, compte tenu de la réalité culturelle, économique, sociale et juridique des pays en cause, et se laisseront rarement influencer par la seule terminologie, c'est-à-dire par le fait que les droits en question soient dénommés "droit d'auteur" ou "droits voisins".

83. Les dispositions pertinentes de diverses législations nationales corroborent clairement cette thèse. Par exemple, au Canada, à Chypre, aux Etats-Unis d'Amérique, au Ghana, au Kenya, au Malawi, à Malte, au Nigéria et en Ouganda, où il est déclaré que les producteurs de phonogrammes jouissent du droit d'auteur (au sens large du terme), la protection est limitée au droit de reproduction, alors qu'en Allemagne (République fédérale d'), au Brésil, au Chili, en Colombie, en Espagne, en Finlande, en France, en Islande, en Italie, au Japon, en République démocratique allemande, en Suède et en Tchécoslovaquie, où il est clairement précisé dans la législation même que les phonogrammes ne sont pas protégés par le droit d'auteur — quel que soit le sens attribué à ce terme — la protection confère, en plus du droit de reproduction, un droit au regard de la radiodiffusion et souvent même aussi un droit au regard de l'exécution publique. On peut ajouter que, jusqu'à présent, seuls les pays dits de "droits voisins" (Allemagne (République fédérale d'), Autriche, Congo, Espagne, Finlande, France, Hongrie, Islande, Portugal, Suède) — par opposition aux pays dits "de droit d'auteur" — ont prévu un droit à rémunération en faveur des producteurs de phonogrammes pour l'enregistrement à domicile. En outre, dans bien des pays dits "de droit d'auteur", la durée de protection des phonogrammes est plus courte (par exemple, 20 ans à Chypre, au Ghana, au Kenya, au Malawi et au Nigéria, et 25 ans à Malte) que dans certains pays dits "de droits voisins" (France et Suède : 50 ans; Guinée et Espagne : 40 ans; Chili et Italie : 30 ans). On peut donc difficilement affirmer que le niveau de protection dépend de la question de savoir si le droit en cause est ou non qualifié de "droit d'auteur".

84. Compte tenu du fait qu'il ne semble pas exact de dire que dans plusieurs pays les phonogrammes sont protégés au titre du droit d'auteur plutôt qu'au titre des droits voisins, il paraît inutile d'aborder séparément la question de savoir pourquoi, dans les pays en question, les phonogrammes jouissent d'une protection de type "droit d'auteur" plutôt que de type "droits voisins" (que ce soit par suite

de la reconnaissance du caractère créateur de l'activité des producteurs ou pour d'autres raisons).

85. Le fait que les producteurs de phonogrammes ne jouissent pas sur ceux-ci d'un droit d'auteur au sens dans lequel ce terme est employé dans les conventions internationales sur le droit d'auteur ne signifie pas qu'ils ne peuvent pas être titulaires du droit d'auteur, dans la même acception du terme, pour d'autres raisons. C'est ainsi qu'ils peuvent être titulaires du droit d'auteur, dans cette même acception, en tant qu'employeurs, au regard des oeuvres littéraires et artistiques figurant dans leurs phonogrammes, dans les pays où le droit d'auteur sur des oeuvres de cette nature créées par des auteurs employés appartient à titre originaire à l'employeur. En outre, le droit d'auteur, dans certains pays en tout cas, peut leur être cédé. Il en va de même, *mutatis mutandis*, pour ce qui concerne la titularité des droits des artistes interprètes ou exécutants.

86. Il importe de souligner que, tout à fait indépendamment de la terminologie employée, on constate, au niveau international, une tendance à admettre la nécessité d'une protection plus efficace et — à certains égards — plus généreuse des producteurs de phonogrammes. Cela suppose, entre autres, que la protection ne soit pas limitée au simple droit de reproduction et que la durée de la protection soit augmentée. Cette tendance se traduit notamment par une atténuation des différences entre le niveau de protection des oeuvres littéraires et artistiques par le droit d'auteur et le niveau de protection des producteurs de phonogrammes. (On constate, par ailleurs, la même tendance en ce qui concerne la protection des interprétations ou exécutions.)

87. Les faits mentionnés plus haut au paragraphe 83 montrent clairement que ce qui importe dans la situation décrite au paragraphe précédent, du point de vue de la protection des phonogrammes, n'est pas tant la dénomination du régime de protection que la nature des droits conférés, les conditions auxquelles ils sont conférés ainsi que la durée de la protection. Une protection adéquate et efficace peut être conférée indépendamment du fait que le système applicable soit dit de "droit d'auteur" au sens large ou de "droits voisins" et, inversement, il est aussi possible que la protection conférée aux producteurs de phonogrammes au titre de l'un ou l'autre de ces systèmes reste encore insuffisante. Suivant la tendance évoquée au paragraphe précédent, les secrétariats souhaitent continuer de s'employer à promouvoir une protection efficace des phonogrammes, compte tenu en particulier du fait que celle-ci est jugée nécessaire pour lutter efficacement contre la piraterie.

88. Dans la nouvelle série de principes, deux conséquences ont été tirées des résultats de l'analyse précitée. D'une part, la rédaction des principes a été quelque peu modifiée de façon à indiquer encore plus précisément, par rapport à chacun d'eux, s'il a trait à la protection du droit d'auteur sur des oeuvres littéraires et artistiques comprises dans des phonogrammes ou à la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et/ou des organismes de radiodiffusion. D'autre part, l'expression "droits voisins" a été remplacée par la mention explicite des droits en cause (droits des producteurs de phonogrammes, etc.) dans les quelques principes où cette expression figurait encore dans la version originale.

#### *Piraterie*

89. Pour ce qui concerne les modifications apportées au principe PH1 et la nouvelle version de ce texte, voir plus haut les paragraphes 5 à 11.

#### *Utilisations secondaires de phonogrammes aux fins de radiodiffusion ou de toute autre forme de communication au public*

90. A la réunion du comité d'experts gouvernementaux, la représentante d'une organisation internationale non gouvernementale a rappelé que son organisation, comme elle l'avait déjà fait savoir à maintes reprises, doutait que, en cas de radiodiffusion, il soit justifié d'accorder aux artistes interprètes ou exécutants et/ou aux producteurs de phonogrammes des droits quelconques, fût-ce même le droit à une rémunération équitable, et elle s'est déclarée opposée à l'approche retenue dans le principe PH2 et dans le commentaire, qui, à son sens, ne reflétait pas le choix offert aux Etats par les dispositions de la Convention de Rome. La grande majorité des participants ont toutefois déclaré souscrire pleinement au principe PH2 et aux observations y relatives. Ils ont fait observer que le droit de contrôler les utilisations secondaires de phonogrammes ou de percevoir pour ces utilisations une rémunération équitable prendrait une importance de plus en plus grande à l'avenir du fait du progrès technique. Cela étant, aucune modification n'a été apportée au principe PH2.

#### *Reproduction privée ("enregistrement à domicile")*

91. Pour ce qui concerne les modifications apportées aux principes PH3 à PH9 et la nouvelle version de ces textes, voir plus haut les paragraphes 12 à 18.

*Location*

92. Pour ce qui concerne les modifications apportées aux principes PH10 à PH13 et la nouvelle version de ces textes, voir plus haut les paragraphes 19 et 20.

*Radiodiffusion par satellite*

93. Pour ce qui concerne les modifications apportées aux principes PH14 à PH22 et la nouvelle version de ces textes, voir plus haut les paragraphes 21 à 49.

*Distribution par câble*

94. Pour ce qui concerne les propositions relatives aux principes PH23 à PH42, voir plus haut les paragraphes 50 et 51.

*Distribution par câble de programmes transmis par satellites du service fixe*

95. Pour ce qui concerne les modifications apportées aux principes PH43 à PH46 et la nouvelle version de ces textes, voir plus haut les paragraphes 52 et 53.

## OEUVRES D'ARCHITECTURE

96. Lors du débat général qui s'est déroulé à l'occasion de la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres d'architecture, plusieurs délégations ont déclaré qu'en règle générale les principes et les observations consignés dans le mémorandum préparé par les secrétariats recueillaient l'agrément de leurs gouvernements et qu'elles n'auraient d'observations à formuler que sur certains points de détail (voir le paragraphe 16 du rapport). Comme il ressort des paragraphes qui suivent, les observations ayant rendu nécessaire la modification du texte et des principes ont été relativement peu nombreuses.

*Créations à protéger en tant qu'oeuvres d'architecture*

97. Les mots "et de créativité" ont été insérés à l'alinéa 1) du principe WA1 après les mots "éléments d'originalité", les délégations étant tombées d'accord pour estimer que, s'agissant d'oeuvres d'architecture, il est particulièrement souhaitable

de souligner que les édifices et constructions similaires doivent avoir un caractère original et contenir des éléments de créativité pour être qualifiés d'oeuvres (voir le paragraphe 19 du rapport).

98. Une délégation a proposé de faire aussi état, à l'alinéa 1) du principe WA1, du caractère artistique des édifices et constructions similaires comme condition supplémentaire de protection par le droit d'auteur. Les autres participants ont cependant estimé que cette solution ferait peut-être intervenir un élément trop subjectif pour constituer une condition de protection au titre du droit d'auteur (voir le paragraphe 24 du rapport).

*Droits patrimoniaux*

99. S'agissant du droit de reproduction, les délégations présentes à la réunion du comité d'experts gouvernementaux ont approuvé le contenu du mémorandum ainsi que la teneur du principe WA3 proposé, et aucune observation justifiant la modification du texte de ce principe n'a été formulée.

100. Le droit de modification et le principe WA4 qui lui est consacré ont donné lieu à un plus long débat à l'occasion de la réunion. Les participants sont finalement tombés d'accord sur la nécessité de procéder aux deux changements suivants : d'une part, la mention des modifications présentant une grande importance pour le propriétaire de l'édifice ou autre construction similaire devrait être remplacée par la mention des modifications d'ordre pratique ou technique qui sont nécessaires pour le propriétaire de l'édifice ou autre construction similaire (de façon à écarter de ce principe tout élément subjectif); d'autre part, la deuxième partie du principe en question — ayant trait aux modifications équivalant à des déformations, mutilations, etc., — devrait être supprimée, cette question étant réglée à l'alinéa 1) du principe WA6, consacré au "droit au respect" (voir le paragraphe 37 du rapport).

*Droits moraux*

101. Les participants à la réunion du comité d'experts gouvernementaux ont été d'accord pour estimer que dans le principe WA5, qui traite du droit d'apposer son nom sur l'oeuvre, il serait plus indiqué (car plus objectif) de faire état de la façon habituelle d'exercer ce droit, plutôt que d'exiger qu'il soit exercé de bonne foi. En conséquence, les mots "de la façon habituelle" ont été insérés dans la première phrase du principe WA5, après "le droit d'apposer", et les deux dernières phrases ont été supprimées.

102. Aucune modification n'a été proposée en ce qui concerne le principe WA6, consacré au "droit au respect" de l'oeuvre.

*La protection de l'image externe des oeuvres d'architecture*

103. A la réunion du comité d'experts gouvernementaux, deux questions ont été soulevées à propos du principe WA7 en vue de déterminer, d'une part, si les dispositions en question devaient viser uniquement la reproduction de l'image externe ou s'étendre également aux éléments internes de l'oeuvre d'architecture et, d'autre part, si la reproduction devait également être autorisée, sans aucune condition, à des fins commerciales. Aucune proposition de modification n'a cependant bénéficié d'un appui suffisant. Le principe WA7 a donc été repris sans changement.

OEUVRES DES BEAUX-ARTS

104. A la réunion du Comité d'experts gouvernementaux sur les oeuvres des arts visuels, plusieurs participants ont commenté l'expression "oeuvres des arts visuels". De l'avis de certains, cette expression n'était pas claire car elle pouvait laisser croire qu'elle couvrirait toutes les oeuvres relevant de l'expression visuelle et rendues perceptibles au public de cette manière (comme, par exemple, les oeuvres audiovisuelles). Les expressions suivantes ont été suggérées : "oeuvres artistiques", "oeuvres des beaux-arts", "oeuvres graphiques et plastiques" (voir le paragraphe 26 du rapport). C'est l'expression "oeuvres des beaux-arts" qui a été retenue dans la série révisée de principes. L'expression "oeuvres artistiques" est au moins aussi large que l'expression "oeuvres des arts visuels" tandis que l'expression "oeuvres graphiques et plastiques" semble correspondre à une notion trop précise et évoquer en fait certaines subdivisions de la catégorie des oeuvres visées; par ailleurs, l'expression "oeuvres des beaux-arts" est relativement bien admise et semble adaptée pour décrire le type d'oeuvres dont il s'agit en l'occurrence.

105. Par suite de l'adoption de cette nouvelle terminologie, les abréviations désignant les principes consacrés aux oeuvres des beaux-arts ont aussi été modifiées, "VA" étant remplacé par "FA".

*Créations à protéger en tant qu'oeuvres des beaux-arts*

106. Il a été convenu à la réunion du comité d'experts gouvernementaux qu'à l'alinéa 1) du principe

VA1 (désormais FA1), le mot "comprennent" devrait être remplacé par le mot "sont" et que les mots "et les oeuvres de nature similaire" devraient être ajoutés à la fin de l'alinéa, pour indiquer que l'énumération n'était pas exhaustive, tout en évitant de la rendre inutilement imprécise (voir le paragraphe 27 du rapport).

107. La clause "conformément aux dispositions générales relatives à la protection des oeuvres littéraires et artistiques, sauf dans les cas où les principes ci-après en disposent autrement" a été supprimée de l'alinéa 2) du principe VA1 (désormais FA1) car, ainsi qu'il a été souligné à la réunion du comité d'experts gouvernementaux (voir le paragraphe 29 du rapport), ce membre de phrase aurait pu devenir source de malentendus.

*L'utilisation des systèmes informatiques pour la création d'oeuvres des beaux-arts*

108. Les participants qui sont intervenus à ce sujet dans le débat ont approuvé les principes VA2 et VA3 (désormais FA2 et FA3) et le commentaire qui les accompagnait (voir le paragraphe 30 du rapport). Aucune modification n'a été proposée en ce qui concerne le texte de ces principes.

*Distinction entre le droit d'auteur sur l'oeuvre et le droit de propriété sur le support matériel de l'oeuvre ou sur un exemplaire de l'oeuvre*

109. A la réunion du comité d'experts gouvernementaux, les participants ont été nombreux à souligner qu'il importait de bien mettre en lumière la différence entre le droit d'auteur sur l'oeuvre, d'une part, et le droit de propriété sur le support matériel de l'oeuvre ou sur un exemplaire de l'oeuvre, d'autre part. Ils ont préconisé de préciser que la cession du droit de propriété n'entraînait pas implicitement celle du droit d'auteur et qu'il ne devait y avoir aucune présomption en ce sens. Il a été proposé, et le comité a accepté, qu'un principe distinct à ce sujet soit inséré entre le principe VA3 (désormais FA3) et les principes relatifs aux droits moraux et patrimoniaux. Ce nouveau principe, sur lequel les participants se sont mis d'accord, était formulé comme suit : "1) Le droit de propriété sur le support matériel de l'oeuvre et le droit d'auteur sur l'oeuvre sont indépendants. 2) La cession du droit de propriété n'empêche pas celle du droit d'auteur, sauf stipulation contraire du contrat" (voir le paragraphe 33 du rapport).

110. Conformément à l'accord qui s'est ainsi dégagé lors de la réunion, le nouveau principe a été

inséré dans la version révisée, en tant que principe FA4. L'alinéa 1) du texte précité du principe a fait l'objet d'une modification mineure, consistant à mentionner aussi les exemplaires des oeuvres. En outre, à l'alinéa 2) du principe, il a été fait mention d'une exception concernant le droit d'exposition, au sujet de laquelle les participants semblent s'être mis d'accord (voir plus loin le paragraphe 115).

#### *Droits moraux*

111. Un grand nombre de participants ont indiqué qu'ils approuvaient le principe VA4 (désormais FA5) et le commentaire qui l'accompagnait. Il a néanmoins été convenu que les mots "ou le faire citer d'une autre manière appropriée en liaison avec celles-ci" seraient ajoutés à la fin du point a) (ancien point i)) du principe, afin de faciliter, en pratique, l'exercice du droit de revendiquer la paternité de l'oeuvre.

#### *Droits patrimoniaux*

112. Dans le mémorandum préparé par les secrétariats, deux principes — les principes VA5 et VA6 — étaient consacrés aux droits patrimoniaux. Le principe VA5 traitait du cas où l'oeuvre existe en un seul exemplaire et le principe VA6 de celui où elle existe en plusieurs exemplaires. Les deux principes énuméraient les droits patrimoniaux protégés ainsi que les restrictions qui pouvaient frapper ces droits et chacun d'eux comportait deux variantes pour le cas où la propriété du support matériel de l'oeuvre ou d'un exemplaire de l'oeuvre est transmise à une autre personne que l'auteur (ou ses héritiers). Selon la variante A, l'auteur (ou son héritier) était réputé conserver les droits patrimoniaux, alors que, selon la variante B, certains droits étaient réputés cédés au propriétaire de l'exemplaire mais, dans un cas comme dans l'autre, ces dispositions pouvaient être écartées par contrat.

113. A la réunion du comité d'experts gouvernementaux, plusieurs propositions ont été faites au sujet de la structure et de la teneur des principes visés aux paragraphes précédents.

114. Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 109, les participants à la réunion préconisaient d'établir clairement la distinction entre le droit d'auteur sur une oeuvre et le droit de propriété sur le support matériel de l'oeuvre ou sur un exemplaire de l'oeuvre et étaient opposés à une présomption générale selon laquelle la cession du droit de propriété aurait été réputée emporter celle du droit d'auteur, sauf stipulation contractuelle contraire.

Les participants qui ont pris la parole à ce sujet se sont déclarés favorables à la variante A des principes VA5 et VA6 et, par conséquent, opposés à la variante B. Il a aussi été souligné, toutefois, que, vu la décision d'insérer un nouveau principe établissant la séparation absolue du droit de propriété et du droit d'auteur, comme il est indiqué plus haut aux paragraphes 109 et 110, aucune de ces deux variantes n'était réellement nécessaire et qu'il suffisait de faire mention, dans un principe distinct, des droits patrimoniaux et de leurs limitations (voir le paragraphe 55 du rapport).

115. Il a cependant été souligné, lors de la réunion, que même si la variante B devait être rejetée, les intérêts particuliers des propriétaires d'exemplaires et la pratique en vigueur au moins dans certains pays pourraient et devraient être pris en considération d'une autre manière, sous la forme de certaines limites assignées aux droits de l'auteur et de droits spéciaux reconnus aux propriétaires d'exemplaires. Il a été indiqué, à titre d'exemple, qu'il faudrait accorder au propriétaire du support matériel de l'oeuvre ou d'un exemplaire de l'oeuvre le droit d'exposer cette oeuvre ou cet exemplaire sans l'autorisation de l'auteur et il a aussi été proposé que ce droit soit énoncé dans un nouvel alinéa (voir les paragraphes 56 et 57 du rapport). Conformément à ces propositions, un alinéa distinct (l'alinéa 2)), qui reconnaît au propriétaire du support matériel de l'oeuvre ou d'un exemplaire de l'oeuvre le droit d'exposer celui-ci, a été inséré dans le nouveau principe FA6.

116. Tous les participants qui sont intervenus dans le débat ont été d'avis que la question de savoir s'il existait un ou plusieurs exemplaires était sans objet du point de vue de la jouissance et de l'exercice des droits mentionnés dans les principes VA5.1) et VA6.1) et ont proposé de réunir ces deux principes — qui ne différaient que sur ce point — (voir le paragraphe 48 du rapport). En conséquence, le nouveau principe FA6 est une nouvelle version des principes VA5 et VA6 réunis.

117. Bien que certaines délégations aient émis des réserves (voir les paragraphes 49 à 54 du rapport), les participants à la réunion ont approuvé la liste des droits patrimoniaux figurant à l'alinéa 1) des principes VA5 et VA6, auxquels correspond le principe FA6 dans la nouvelle version des principes (voir le paragraphe 49 du rapport).

118. La question de savoir si le "droit d'accès" (c'est-à-dire, le droit de l'auteur de voir et d'utiliser, dans certains cas et à certaines conditions, le support matériel de son oeuvre, ou encore l'exemplaire unique ou l'un des quelques exemplaires de



son oeuvre, dont une autre personne est propriétaire) devrait ou non être reconnu dans les principes a longuement été débattue. Plusieurs participants étaient en faveur de la reconnaissance de ce droit tandis que plusieurs autres étaient en revanche opposés à toute mention de ce droit dans les principes et que, même parmi les partisans de la reconnaissance du droit en question, il y avait désaccord sur le point de savoir si celui-ci devait être qualifié de droit patrimonial ou de droit moral (voir les paragraphes 19 et 36 à 42 du rapport). Il paraît par conséquent prématuré de faire mention de ce droit dans les principes consacrés aux oeuvres des beaux-arts. En principe, la question de l'accès peut être réglée de manière appropriée par contrat.

119. Il a été proposé, à la réunion du comité d'experts gouvernementaux, de consacrer un alinéa distinct aux restrictions frappant les droits patrimoniaux et d'étendre la liste de celles-ci (voir les paragraphes 57 et 58 du rapport). Dans la série révisée de principes, ces propositions sont concrétisées à l'alinéa 3) du principe FA6. La solution retenue est la même que celle qui avait été considérée comme indiquée en ce qui concerne les restrictions frappant les droits patrimoniaux touchant à la catégorie d'oeuvres qui est la plus proche des oeuvres des beaux-arts, à savoir celle des oeuvres des arts appliqués (voir l'alinéa 2) du principe AA7 (ancien principe AA8)). Cette solution consiste essentiellement à évoquer de façon générale les restrictions qui doi-

vent être conformes aux principes énoncés dans les conventions internationales sur le droit d'auteur et à mentionner plus particulièrement certaines restrictions qui semblent les plus caractéristiques pour la catégorie d'oeuvres en cause. En ce qui concerne les oeuvres des beaux-arts, les restrictions énoncées à l'alinéa 3) du principe FA6 (deuxième partie de l'ancien principe VA5.1)v)), qui ont recueilli l'approbation de bon nombre de participants à la réunion du comité d'experts gouvernementaux, semblent les plus caractéristiques.

#### *Droit de suite*

120. Bien que certains participants aient émis des réserves en invoquant le problème de la mise en oeuvre du droit de suite et les effets néfastes qu'il pourrait avoir sur le marché (voir le paragraphe 62 du rapport), les participants ont, dans leur grande majorité, approuvé le texte du principe VA7 (désormais FA7) et le commentaire qui l'accompagnait. Au sujet des effets néfastes que pourrait avoir le droit de suite sur le marché et des difficultés que pourrait soulever sa mise en application, les délégations des pays dans lesquels ce droit est appliqué ont déclaré qu'il n'avait pas posé de problèmes de cette nature. Compte tenu des résultats des débats, le principe VA7 (désormais FA7) n'a pas été modifié.

*(à suivre)*

## Etudes

### Le droit international privé et la protection des droits d'auteur : analyse de certains points spécifiques

György BOYTHA\*

#### Sommaire

1. L'applicabilité du droit international privé à la protection internationale des droits d'auteur en général
2. La nature intrinsèque de la territorialité des droits d'auteur
3. Les débuts de la protection internationale des droits d'auteur à la lumière de l'évolution du droit international privé au 19<sup>e</sup> siècle
4. La réglementation de la protection par la législation nationale
5. L'évolution de la réglementation de la protection des droits d'auteur par voie de traités
  - 5.1 Règles de conflit conventionnelles
  - 5.2 Règles de fond conventionnelles
6. La Convention de Berne et le droit international privé
  - 6.1 Conditions de la protection
  - 6.2 Loi nationale applicable
  - 6.3 Droits spécialement accordés par la Convention de Berne
7. La Convention universelle sur le droit d'auteur et le droit international privé

#### 1. L'applicabilité du droit international privé à la protection internationale des droits d'auteur en général

La reconnaissance des droits d'un auteur sur une oeuvre qui a son origine en dehors du territoire de l'Etat où la protection desdits droits est demandée dépend depuis toujours de mesures juridiques spéciales qui peuvent revêtir la forme d'une législation nationale sur les auteurs étrangers, d'un traité pertinent, ou des deux à la fois. Aussi, était-il devenu courant de définir les droits d'auteur comme des droits territoriaux. Par ailleurs, la territorialité de ces droits, qui était le résultat d'une longue évolution, s'est progressivement muée en un principe largement accepté, celui de la protection internationale des droits d'auteur, en vertu duquel c'est la loi

du pays où l'auteur cherche à obtenir une protection qui s'applique aux utilisations illicites de ses oeuvres<sup>1</sup>.

Toutefois, dans la doctrine, un courant s'est fait jour récemment, critiquant le principe de la territorialité et défendant plutôt l'idée d'une application

<sup>1</sup> En ce qui concerne les limites territoriales des droits d'auteur, voir notamment *Nimmer On Copyright* (1963, complété pour la dernière fois en 1987; par. 17.02 et 17.03); le rapport de la Commission chargée d'examiner la législation sur le droit d'auteur et les dessins et modèles, établi sous la présidence du juge Whitford (*Whitford Report*), 1977, par. 838-844; Boytha G., "Reciprocity in International Copyright Law", in *Questions of International Law*, publié par Haraszthy, Budapest, 1968 (une distinction y est faite entre l'aspect *génétique* de la territorialité des droits d'auteur — ceux-ci ne peuvent être accordés que dans les limites du territoire relevant de la compétence du pays — et son aspect *fonctionnel* — les droits d'auteur ne peuvent être protégés en vertu du principe de la souveraineté que dans les limites du territoire relevant de la compétence de l'Etat qui les accorde). Le concept de la territorialité des droits d'auteur a été développé de façon très détaillée par Troller A., *Immaterialgüterrecht*, 2<sup>e</sup> édition, 1968, vol. I, p. 150-153; voir aussi Ulmer E., *Die Immaterialgüterrechte im Internationalen Privatrecht*, 1975, p. 9; avis de l'Institut Max Planck de droit étranger et international en matière de brevets, de droit d'auteur et de concurrence (Munich), "Stellungnahme des Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts (ausservertragliche Schuldverhältnisse und Sachen)", in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil* (GRUR Int.), 1985, p. 105; Katzenberger P., *Urheberrecht, Kommentar*, publié par Schrickler G., 1987, p. 1238. Parmi les ouvrages français, voir en particulier Holleaux G., "Commentaire sur l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1959", que Desbois H. cite dans *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> édition, 1978, par. 791, en formulant à cette occasion quelques réserves; mais Desbois lui-même fait observer, au sujet de l'interprétation de la loi française du 8 juillet 1964, qui fait de la réciprocité une condition de la protection des oeuvres publiées à l'étranger, que, si les oeuvres d'origine française bénéficient au moins du minimum de protection dans le pays d'origine de l'oeuvre pour laquelle la protection est réclamée en France, "c'est la loi française qui est directement et à tous égards applicable aux oeuvres étrangères." (*op. cit.*, p. 932). Voir aussi Boguslawski M.M., *Urheberrecht in den internationalen Beziehungen*, Berlin, 1977, p. 21-26.

\* Professeur de droit associé, directeur général du Bureau hongrois pour la protection des droits d'auteur (ARTISJUS), ancien directeur de la Division juridique du droit d'auteur de l'OMPI.

élargie de la loi du pays d'origine de l'oeuvre<sup>2</sup>. Cette thèse est parfois appelée principe de l'universalité des droits d'auteur<sup>3</sup>, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il y a automatiquement application extra-territoriale de ces droits.

Le problème fondamental de la protection internationale des droits d'auteur a toujours été celui de l'élimination des limites territoriales. On a cherché à atteindre cet objectif de diverses façons, et nombre des problèmes connexes que l'on a rencontrés à cette occasion continuent d'être d'actualité dans le monde entier. Etant donné que la protection des droits dont un auteur jouit relativement aux utilisateurs de son oeuvre dans les pays étrangers concerne des relations de droit privé entre personnes ressortissant à des Etats différents, la question doit être aussi traitée au regard du droit international privé<sup>4</sup>. A cet égard, il convient de désigner la loi du pays où les droits de l'auteur sur une oeuvre d'origine étrangère doivent être reconnus sous le nom de "*lex loci protectionis*", par opposition à la "*lex loci originis*", à savoir la loi du pays dont l'oeuvre est censée être originaire<sup>5</sup>.

Pendant longtemps, la doctrine du droit international privé, branche du droit qui a des ramifications dans tous les domaines des systèmes du droit privé, n'a guère fait de place aux questions intéressant la protection internationale des droits des auteurs. Elle considérait plutôt que ces droits devaient être régis par des accords entre Etats ou par une législation nationale spéciale sur la situation des étrangers ("*jus gentium*", "régime juridique des étrangers", "*Fremdenrecht*")<sup>6</sup>. Même les lois récen-

tes portant sur le droit international privé ne contiennent pas toujours des dispositions quant à la loi applicable aux droits d'auteur<sup>7</sup>. Or, pour interpréter correctement les dispositions existantes des législations nationales et des traités concernant la protection internationale de ces droits, il faut aussi, semble-t-il, les analyser du point de vue du droit international privé. Cela est devenu nécessaire, non seulement parce que l'évolution de la protection internationale des droits d'auteur est de plus en plus déterminée par celle des législations nationales, mais aussi parce qu'il importe de poursuivre l'élaboration, aux fins de l'exercice des droits d'auteur d'un Etat à l'autre, d'un système harmonisé de relations juridiques relevant du droit international privé, en explorant les règles générales qu'offre celui-ci pour la reconnaissance de l'existence, des limites et de l'extinction de ces droits.

## 2. La nature intrinsèque de la territorialité des droits d'auteur

Si l'on a des difficultés à appliquer les diverses méthodes de droit international privé à la protection internationale des droits d'auteur, c'est surtout en raison des problèmes qui se posent quand on veut s'attaquer à ce phénomène particulier qu'est la territorialité persistante de ces droits. Dans quelle mesure la territorialité est-elle une caractéristique propre des droits d'auteur ? Pourquoi ce concept a-t-il prévalu ? Est-il possible de localiser une création intellectuelle, immatérielle, que le public ne peut percevoir avant sa divulgation et qui devient pour ainsi dire omniprésente par la suite, de manière à trouver quelle loi lui est applicable ? Ou faut-il reconnaître autant de droits territoriaux qu'il y a de pays utilisant différemment la même oeuvre ?

Les limites territoriales de la reconnaissance des droits d'un auteur sont, en dernière analyse, la conséquence nécessaire du fait juridique qu'aucune loi conférant des droits exclusifs aux auteurs n'a d'application extra-territoriale. Toutefois, ce phénomène n'est pas une caractéristique distincte de la législation sur les droits d'auteur. Il ne peut donc en soi justifier le refus de longue date de protéger les droits des auteurs étrangers.

<sup>2</sup> Pour une analyse critique du principe de la territorialité, voir en particulier Pillet A., *Traité pratique de droit international privé*, 1923, par. 434-439, où il est spécialement question de la révision de 1908 (Berlin) de la Convention de Berne, qui a généralisé l'application du droit du pays où la protection est réclamée. Voir également Schack H., *Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalen Privatrecht*, 1979; Koumantis G., "Sur le droit international privé du droit d'auteur", in *Il Diritto di Autore*, 1979, n°s 2-3; Battifol suggère d'étendre l'application du droit du pays de la première publication (Battifol, Lagarde, *Traité de droit international privé*, 7<sup>e</sup> édition, I-II, 1981/83, par. 85).

<sup>3</sup> Par exemple, Katzenberger (critique négative), *op. cit.* dans la note 1, p. 1238.

<sup>4</sup> Expression forgée par Joseph Story (Université de Harvard) en 1834 [en anglais "private international law"], in *Commentaries of the Conflicts of Law*, 2<sup>e</sup> édition, 1841, p. 11.

<sup>5</sup> Boytha G., *op. cit.* dans la note 1, p. 46-47.

<sup>6</sup> Parmi les exceptions importantes, on note en particulier les ouvrages de référence sur le droit international privé des auteurs suivants : Pillet A., 1923; Rézei L., 2<sup>e</sup> édition, 1959 (en allemand : 1960); Lunz L.A., 2<sup>e</sup> édition, 1959 (en allemand : 1961-64); Pereterszki I.Sz., 2<sup>e</sup> édition, 1959, en russe; Szász I., *Private International Law in the European People's Democracies*, 1964; Raape L., 5<sup>e</sup> édition, 1961 (qui souligne que le sujet a reçu jusque-là peu d'attention); Boguslawski M.M., 1974, en russe; Wengler W., 1981; Battifol, Lagarde, *op. cit.* dans la note 2; Mádl F., Vékás L., 2<sup>e</sup> édition, 1985, en hongrois.

<sup>7</sup> Par exemple, il existe des règles à ce sujet en Autriche, dans la loi de 1978 sur le droit international privé en vertu de laquelle la législation de ce pays s'applique là où l'utilisation de l'oeuvre ou l'atteinte au droit a eu lieu (art. 34), et en Hongrie, dans le décret n° 13 de 1979 sur le droit international privé, en vertu duquel le droit applicable aux droits d'auteur est celui de l'Etat sur le territoire duquel la protection est réclamée (par. 19). En République fédérale d'Allemagne, en revanche, la récente loi sur le droit international privé (1986) ne contient aucune disposition spéciale concernant les droits d'auteur.

Au milieu du 19<sup>e</sup> siècle, lorsque sont apparus en Europe les premiers traités bilatéraux prévoyant une protection réciproque des droits d'auteur, Savigny faisait déjà très clairement observer, en termes généraux :

1. que chaque Etat pouvait exiger qu'à l'intérieur de ses frontières seule sa propre loi soit appliquée, mais 2. qu'aucun Etat ne pouvait exiger qu'elle soit applicable hors de ses frontières.

Il ajoutait toutefois que,

... poussée à l'extrême, l'indépendance de l'Etat à l'égard des étrangers pourrait se traduire pour eux par une absence totale de droits mais que les législations en vigueur avaient progressivement évolué jusqu'à reconnaître une égalité totale des citoyens et des étrangers devant la loi<sup>8</sup>.

A cette époque, le *traitement national* des étrangers était généralement reconnu comme un corollaire de la territorialité de la loi nationale. Depuis lors, ce principe a été interprété dans un sens assez large par tous les pays civilisés; il signifie que, en règle générale et sous réserve d'exceptions expresses, essentiellement de nature transitoire, énoncées dans les législations nationales (par exemple, en ce qui concerne le droit d'installation ou le permis de travail), les étrangers bénéficient du même statut juridique que les nationaux. Par là, on entend en particulier que les étrangers peuvent avoir et exercer des droits — aussi bien personnels que patrimoniaux — et assumer des obligations et des responsabilités, conformément à la loi nationale<sup>9</sup>.

Néanmoins, les auteurs étrangers n'ont pas bénéficié automatiquement et d'une manière générale du traitement national pour ce qui est de la jouissance et de l'exercice des droits reconnus aux auteurs sur leurs oeuvres par la législation nationale. On peut retrouver les causes de ce phénomène en retraçant l'histoire de la protection des droits d'auteur sur les plans national et international<sup>10</sup>. A l'origine, les droits exclusifs d'utiliser une oeuvre étaient accordés sous forme de privilèges permet-

<sup>8</sup> Savigny F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 8, 1849, p. 24-25 (une traduction en anglais de ce volume, établie par W. Guthrie, a été publiée en 1869).

<sup>9</sup> Mádl F., Vékás L., *op. cit.* dans la note 6, p. 204-208.

<sup>10</sup> Voir, entre autres, Bappert W., *Wege zum Urheberrecht*, Munich/Berlin, 1962; Dock M.-C., *Etude sur le droit d'auteur*, Paris, 1963; Patterson L.R., *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, 1968; Vogel M., *Deutsche Urheber- und Verlagsrechtsgeschichte zwischen 1450 und 1850*, Francfort-sur-le-Main, 1978; en ce qui concerne la protection internationale, Barnes J.J., *Authors, Publishers and Politicians*, 1974; Boytha G., "Urheber- und Verlegerinteressen im Entstehungsprozess des internationalen Urheberrechts", in *Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht* (UFITA), vol. 85, 1979; Cavalli J., *La genèse de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886*, 1986; rapports des diverses conférences diplomatiques, dans *Centenaire de la Convention de Berne*, OMPI, 1986, p. 81-263.

tant d'imprimer une oeuvre, ou encore de la représenter ou de l'exécuter. Ces privilèges étaient concédés par le souverain, en vertu du droit public, et leur jouissance était nécessairement limitée au territoire relevant de sa compétence. Plus tard, lorsque les privilèges féodaux furent abolis et que le "copyright" en Angleterre, la "propriété littéraire et artistique" en France et l'"*Urheberrecht*" dans les pays germanophones s'inscrivirent dans le droit privé, le traitement national aurait pu être étendu, en principe, aux titulaires étrangers de ces droits, tout comme cela s'était passé pour la jouissance des droits de propriété ou l'exercice de divers droits personnels. S'agissant des droits d'auteur, toutefois, des différences considérables entre les intérêts des secteurs de l'imprimerie des divers pays empêchèrent l'assimilation des étrangers aux nationaux. Les pays où les éditeurs tiraient des bénéfices très importants de la réimpression et de la traduction d'oeuvres étrangères s'opposèrent à la reconnaissance des droits d'auteur sur ces oeuvres.

Chacun sait que la France a cherché à étendre *unilatéralement* aux auteurs étrangers la protection prévue par sa législation, immédiatement après l'adoption des décrets sur les droits d'auteur issus de la Révolution. Cette assimilation était fondée sur une loi du 6 août 1790 qui disposait que, dans le domaine du droit privé, la différence entre la condition des étrangers et celle des nationaux devait être supprimée à jamais, conformément au principe de la fraternité. Selon l'article 11 du Code civil, promulgué en 1804, les étrangers devaient jouir en France des mêmes droits civils que ceux que leur pays accordait ou accorderait aux ressortissants français dans le cadre de traités, mais on estimait que ces dispositions ne s'appliquaient qu'aux droits civils *stricto sensu*, c'est-à-dire aux droits relevant expressément du Code civil, et non aux droits civils *lato sensu*, c'est-à-dire aux droits privés en général. Comme les droits d'auteur avaient été classés dans cette dernière catégorie, la France commença d'accorder aux auteurs étrangers la même protection qu'à ses ressortissants indépendamment de la conclusion d'un traité ou de toute condition de réciprocité. En ce qui concerne les droits de reproduction, cette interprétation a été confirmée expressément par le fameux décret du 28 mars 1852<sup>11</sup>. L'exemple français n'a été suivi que par la Belgique, en 1886. Etant donné qu'aucun autre pays ne reconnaissait unilatéralement la capacité des auteurs étrangers de jouir de droits sur leurs oeuvres, l'absence de réciprocité a incité la Belgique et la France à abroger les décrets correspondants en 1921 et 1964, respectivement. Aujourd'hui, il semble que seul le Luxembourg recon-

<sup>11</sup> Darras A., *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, 1887, p. 221-301.

naïsse inconditionnellement les droits des auteurs étrangers en vertu de sa propre législation<sup>12</sup>.

Suivant l'exemple de la Prusse, qui, entre 1827 et 1829, avait conclu 32 accords *bilatéraux* avec des Etats de la Confédération germanique, les pays dont les oeuvres littéraires étaient massivement réimprimées à l'étranger, et en particulier la France et le Royaume-Uni, commencèrent de faire pression sur les pays qui exploitaient leurs publications et signèrent peu à peu une série de traités bilatéraux assurant la protection réciproque des droits d'auteur. Avant la création de l'Union de Berne, en 1886, plus d'une centaine de traités de ce type avaient été conclus, dont 33 étaient encore en vigueur<sup>13</sup>. Le principe de l'octroi automatique du traitement national aux auteurs étrangers tomba dans l'oubli. Même l'article 27.2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée en 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, selon laquelle chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur, ne put redresser la situation.

Aussi, *la territorialité des droits d'auteur se caractérise-t-elle par l'absence de reconnaissance automatique de la capacité de l'auteur de jouir de droits sur son oeuvre, et de les exercer, en dehors de la juridiction territoriale de l'Etat dont la législation lui a conféré ces droits*. Le meilleur remède à cette anomalie n'est pas nécessairement la reconnaissance universelle de l'application extra-territoriale des droits initialement accordés à l'auteur dans le pays d'origine de son oeuvre<sup>14</sup>. Le traitement national, s'il est accordé aux auteurs étrangers dans tous les pays où ils cherchent à obtenir la protection de leurs oeuvres, infirme aussi les effets des limites territoriales fixées à la reconnaissance de la titularité des droits d'auteur.

Aujourd'hui, en réalité, la protection internationale des droits des auteurs repose dans la très grande majorité des cas sur la reconnaissance extra-territoriale, par le jeu du traitement national, de la capacité de l'auteur d'avoir des droits sur son oeuvre et d'exercer ces droits, nonobstant le fait que, quels que soient les droits dont il puisse jouir, dans quelque pays que ce soit, en vertu de ce principe, ceux-ci n'en demeureront pas moins des droits ter-

ritoriaux, c'est-à-dire limités au territoire de l'Etat qui les accorde.

### 3. Les débuts de la protection internationale des droits d'auteur à la lumière de l'évolution du droit international privé au 19<sup>e</sup> siècle

Peu après la conclusion des premiers traités bilatéraux sur la protection des droits d'auteur, le droit international privé a lui aussi pris un tournant décisif.

3.1 Les juristes qui, à la fin de l'époque médiévale, ont élaboré la théorie des statuts étaient d'avis, même au 16<sup>e</sup> siècle, que le statut personnel, c'est-à-dire les lois d'un pays ayant trait principalement à l'état, à la capacité juridique et à la situation d'une personne domiciliée sur le territoire relevant de la compétence du souverain légiférant, demeurerait aussi applicable sur le territoire relevant de la compétence d'un autre souverain, comme s'il suivait la personne partout où elle se rendait ("*jus ossibus inhaeret*"). Cela valait aussi pour le statut dit "mixte" qui régissait divers actes de la personne, et notamment ses contrats; ce statut s'appliquait à tous les actes accomplis par une personne sur le territoire relevant de la compétence du souverain légiférant, même en cas de litige à l'étranger.

Avec l'évolution de la notion d'Etat dont la souveraineté était l'attribut le plus distinctif, la théorie, propre aux statuts, de l'applicabilité universelle des lois devait subir de profondes modifications. Le Hollandais Ulricus Huber, qui eut une grande influence sur le développement du règlement juridique des conflits de lois en Angleterre, puis aux Etats-Unis d'Amérique, reconnaissait en 1689 que les lois d'un Etat étaient applicables à l'intérieur de ses frontières : elles ont force obligatoire pour tous les sujets sur ce territoire mais pas au-delà. Pourtant il ajoutait avec espoir : les gouvernants doivent se montrer courtois et faire en sorte que les lois appliquées par un Etat sur son territoire conservent leur force partout, du moment qu'elles ne sont pas préjudiciables aux droits d'un autre souverain ou de ses sujets<sup>15</sup>. La doctrine de la courtoisie était née. Mais même ses tenants semblent avoir préféré reconnaître la validité extra-territoriale de la loi qui s'appliquait à l'origine à la personne visée, à ses actes et à ses biens, plutôt que l'applicabilité de la loi du pays où la protection était en fait recherchée. Il est utile de rappeler ces anciennes théories face aux défenseurs modernes du "principe de l'universalité"<sup>16</sup> qui, dans le domaine de la protection des

<sup>12</sup> Article 47 de la loi de 1972 sur le droit d'auteur.

<sup>13</sup> Textes de traités bilatéraux compilés par de Martens, *Nouveau recueil général des traités*, publié par Murhardt F., 1843 (complété en permanence).

<sup>14</sup> Il existe d'excellentes études sur l'évolution du concept extra-territorial des statuts personnels : Story, *op. cit.* dans la note 4, sous le titre "Capacity of Persons", p. 40-169; Niederer, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, 1956, p. 23-56; Gutzwiller M., *Geschichte des internationalen Privatrechts*, 1977.

<sup>15</sup> "De Conflictu Legum, in Praelectiones Juris Romani et hodierni", traduction anglaise d'Anton A.E. in *Private International Law*, 1967.

<sup>16</sup> Voir les auteurs mentionnés dans la note 2.

droits d'auteur, suggèrent de nouveau de développer l'application extra-territoriale de la loi du pays d'origine de l'oeuvre, sans tenir compte du fait que, dans la deuxième moitié du 19<sup>e</sup> siècle, l'évolution du droit avait pour ainsi dire banni ce concept.

3.2 En 1849, Savigny a préconisé que, pour résoudre les conflits de lois, il ne fallait pas chercher à déterminer si les lois nationales s'appliquaient en dehors du territoire relevant de la compétence du souverain qui les adopte mais s'efforcer de découvrir le "siège" de chaque rapport de droit, c'est-à-dire attribuer la compétence à l'Etat auquel, de par sa nature même, un rapport de ce type est le plus étroitement lié.

Il se fondait non plus sur les statuts et les raisons de leur application extra-territoriale mais plutôt sur la nature particulière de diverses catégories de relations internationales de droit privé et, sur cette base, s'efforçait de trouver des règles distinctes les rattachant de la façon la plus adéquate possible à une législation parmi toutes celles que l'on pouvait prendre en compte pour une raison ou une autre<sup>17</sup>. Ce faisant, il espérait parvenir à une certaine uniformité dans la solution des conflits entre différentes règles de fond<sup>18</sup>. Sa théorie ouvrit la voie au principe dit de la *réciprocité formelle* qui consiste uniquement en une application réciproque des mêmes règles de rattachement, sans garantir toutefois des résultats uniformes sur le fond (réciprocité matérielle) dans tous les cas analogues. L'application mutuelle du même principe de rattachement revient nécessairement à appliquer des législations différentes aux mêmes catégories de relations juridiques, selon le pays dont la législation est considérée s'appliquer à chaque cas conformément à la règle de rattachement généralement applicable. La réciprocité formelle est devenue une méthode fondamentale aussi en ce qui concerne la protection internationale des droits d'auteur.

Un autre aspect important de la théorie de Savigny, du point de vue de l'évolution de la protection internationale des droits d'auteur, est qu'elle ne cherche pas à établir à tout prix la compétence extra-territoriale de la loi qui s'appliquait à l'origine à la personne ou à la chose visée. Savigny ne s'est pas attaché à étendre l'applicabilité d'une loi hors des frontières de l'Etat qui l'a adoptée mais a essayé de rattacher des faits juridiquement pertinents aux législations nationales qui s'y appliquaient le mieux. Ainsi, l'idée d'un *traitement national*, accordé aux auteurs étrangers par tout pays qui reconnaissait qu'ils avaient des droits sur leurs oeuvres, était-elle en totale harmonie avec la théorie de Savigny.

Savigny avait conscience du caractère particulier des obligations, qui sont des "réalités invisibles" n'ayant pas de localisation précise dans l'espace, et recherchait des manifestations perceptibles de leur évolution naturelle permettant de les situer au mieux. Selon lui, lorsque les parties n'avaient pas fait le choix d'une législation, les obligations devaient être régies par la loi du pays dans lequel elles devaient être exécutées. Savigny appliquait le même principe de rattachement aux actes préjudiciables et jugeait que le "siège naturel" de tout acte juridiquement pertinent était l'endroit où ledit acte avait été commis. Cette démarche favorisait l'application de la *lex loci protectionis* à tout acte ayant une incidence sur les droits d'auteur<sup>19</sup>.

Savigny a par ailleurs pris conscience que, lorsque le siège naturel d'une relation juridique se trouve situé dans un territoire juridique donné, c'est la législation de ce territoire qui doit être appliquée si elle diffère de la loi du tribunal saisi. Ceci correspond à la reconnaissance du fait que la *lex loci protectionis* et la *lex fori* ne sont pas non plus nécessairement identiques en ce qui concerne la protection des droits d'auteur. Or, c'est devenu une erreur courante que de considérer que ces deux catégories de loi sont identiques.

3.3 Peu après que Savigny eut publié sa théorie du droit des conflits de lois, les *tendances universalistes* de la théorie des statuts et de la doctrine de la courtoisie refirent leur apparition sous une forme actualisée. Pasquale Stanislao Mancini, chef du mouvement d'unification nationale du Royaume des Deux-Siciles, que les Bourbons contraignirent à s'exiler pendant un certain temps, accepta une chaire de droit international à Turin et y fit un important discours d'inauguration sur la nationalité en tant que fondement du droit des gens. Plus tard, en 1874, mais encore avant la création de l'Union de Berne et alors que la France surtout concluait un certain nombre d'accords bilatéraux sur le droit d'auteur, sous la forme d'annexes à des traités commerciaux, Mancini publia un document sous le titre suivant : "De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles"<sup>20</sup>. Dans ce document, il concluait notamment :

... à nos yeux le droit civil privé est personnel et national et, comme tel, doit accompagner la personne même en dehors de sa patrie; le droit public, au contraire, est territorial; il plane sur le territoire et sert tous ceux qui l'habitent, indigènes ou étrangers sans distinction<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 360.

<sup>17</sup> Savigny, *op. cit.* dans la note 8, p. 108-211 (par. 348 et 361, en particulier).

<sup>20</sup> *Journal du droit international privé*, publié par Clunet, 1874, p. 285-304.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 114-115.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 297.

L'un des disciples les plus importants de Mancini, F. Laurent (Belgique), embrassa sa cause, qu'il défendit dans un ouvrage de référence en huit volumes où il déclarait que

... si chaque nation a droit à ce que son indépendance soit respectée par les autres nations, elle a droit aussi à ce que ses nationaux soient régis partout par la loi nationale en ce qui concerne leurs intérêts privés<sup>22</sup>.

Ces idées donnèrent un nouvel élan à la vieille théorie des statuts personnels, le critère de rattachement du domicile étant toutefois remplacé par le concept de la nationalité. Dans le domaine de la protection internationale des droits d'auteur, cette thèse donnait raison à ceux qui étaient partisans d'une application extra-territoriale de la *lex loci originis*, le pays d'origine d'une oeuvre étant dans ce contexte celui dont l'auteur était ressortissant.

3.4 Les solutions particulières données aux problèmes de la protection internationale des droits d'auteur se sont toujours inspirées des principes contemporains du droit international privé et ont aussi pris la forme des catégories de règles élaborées dans cette branche du droit. Les règles sur lesquelles sont fondés les principes du droit international privé régissant les relations juridiques entre personnes peuvent aujourd'hui être classées en quatre grandes catégories : i) règles de conflit nationales, ii) règles de fond nationales applicables aux étrangers, iii) règles de conflit conventionnelles et iv) règles de fond conventionnelles applicables aux étrangers<sup>23</sup>.

Nous nous proposons de poursuivre notre analyse à la lumière de l'évolution de ces quatre grandes catégories de règles dans le domaine de la protection internationale des droits d'auteur.

#### 4. La réglementation de la protection par la législation nationale

4.1 Le bref historique de l'évolution des lois que nous venons de faire montre que l'application unilatérale et inconditionnelle de la loi nationale aux auteurs étrangers était pour ainsi dire vouée à l'échec. Pourtant, on peut trouver dans de nombreuses législations nationales sur les droits d'auteur des règles spéciales fixant les conditions dans lesquelles les auteurs étrangers peuvent eux aussi, en vertu de ladite législation, demander que leur

soit appliqué le traitement national. La plus courante de ces conditions est que l'auteur étranger doit avoir fait publier son oeuvre pour la première fois dans le pays conférant les droits<sup>24</sup>, ou encore avoir son domicile ou sa résidence habituelle dans ce pays<sup>25</sup>. Certains pays étendent la protection prévue par la législation nationale aux oeuvres des auteurs étrangers même lorsque celles-ci ont été publiées ou autrement divulguées pour la première fois à l'étranger, sous réserve toutefois que le pays d'origine desdites oeuvres assure la même protection aux oeuvres publiées ou autrement divulguées pour la première fois dans le pays accordant la protection réciproque, sans exiger la conclusion d'un traité à cet effet<sup>26</sup>.

Dans ces cas, la première question qui se pose, du point de vue du droit international privé, est de savoir si ces règles nationales sont des règles de fond sur la condition des auteurs étrangers ou plutôt une sorte de règle de conflit. Toutes les conditions mentionnées ci-dessus ont trait à la reconnaissance de la capacité des étrangers de jouir des droits d'auteur prévus par la législation nationale, sous réserve de certains faits, qui font que cette législation leur devient applicable. Certains spécialistes les considèrent comme une sorte de *jus gentium* régissant le statut et la condition des étrangers<sup>27</sup>.

En revanche, aucune de ces règles ne contient de dispositions spéciales sur la portée de la protection ou les restrictions éventuelles appliquées au traitement national des auteurs étrangers admis à bénéficier de la protection prévue par la législation nationale en vertu de certains critères de rattachement

<sup>24</sup> Par exemple, article 121.1) de la loi de 1965 de la République fédérale d'Allemagne; en Union soviétique, l'article 97 du chapitre IV, consacré aux droits d'auteur, des "Bases du droit civil" (1961, modifié pour la dernière fois en 1981) dispose que le droit d'auteur sur une oeuvre publiée pour la première fois sur le territoire de l'URSS, ou sur une oeuvre non publiée qui se trouve sous une forme matérielle quelconque sur ledit territoire, est reconnu à l'auteur et à ses héritiers, sans égard à leur nationalité, ainsi qu'à ses autres ayants cause.

<sup>25</sup> Par exemple, en République fédérale d'Allemagne, article 122.1) de la loi de 1965, concernant les apatrides; en Italie, l'auteur doit remplir les deux conditions (domicile et première publication dans le pays) pour pouvoir bénéficier d'une protection en vertu de l'article 185 de la loi de 1941; en Finlande, l'auteur étranger se voit accorder le traitement national en vertu de l'article 63 de la loi n° 404 de 1961, modifiée pour la dernière fois le 31 juillet 1974, s'il remplit l'une ou l'autre des deux conditions (résidence permanente ou première publication).

<sup>26</sup> Par exemple, article 49 de la loi n° 354 de 1954 de l'Égypte.

<sup>27</sup> Selon Raape (*op. cit.* dans la note 6, p. 642), les règles pertinentes de la loi sur le droit d'auteur de 1965 de la République fédérale d'Allemagne peuvent être qualifiées de "*Fremdenrecht*"; Ulmer lui aussi les considère généralement comme telles (*op. cit.* dans la note 1, p. 7), etc.

<sup>22</sup> Laurent F., *Droit civil international*, Bruxelles-Paris, 1880, vol. 1, p. 34-35.

<sup>23</sup> Analyse détaillée de Vékás L., "A nemzetközi magánjog normavilága" (Le monde des normes en droit international privé), chapitre 2 de l'ouvrage intitulé *A nemzetközi magánjog elméleti alapjai* (Les fondements théoriques du droit international privé), en hongrois, Budapest, 1986, p. 32-55.

fixés dans cette législation. Si la loi devient applicable à un auteur étranger, elle s'applique pleinement, sans discrimination ni autre réglementation spéciale, en ce qui concerne la capacité juridique ou les droits accordés aux nationaux. En conséquence, les dispositions en question semblent plutôt présenter les caractéristiques de *règles de conflit unilatérales*, c'est-à-dire, au sens ordinaire de l'expression, des règles qui déterminent *quand* la loi nationale s'applique aux étrangers mais ne précisent en aucune façon quelle loi — s'il en est — régit leur situation juridique lorsque la loi nationale ne leur est pas applicable<sup>28</sup>.

Koumantos se demande s'il est possible, en matière de protection des droits d'auteur, de dégager à partir des règles de conflit unilatérales des règles de conflit complètes, dites multilatérales, en généralisant le facteur de rattachement prévu unilatéralement dans la législation nationale pour ce qui est de sa propre applicabilité. Si, par exemple, il est dit dans l'article 17 de la loi grecque n° 2387/1920 que les dispositions de cette loi ne peuvent être étendues aux oeuvres produites à l'étranger que sous réserve de réciprocité, cela signifie que toutes les oeuvres produites en Grèce sont inconditionnellement couvertes par la loi. En "bilatéralisant" cette règle, Koumantos arrive à la conclusion que la loi applicable est généralement celle du pays où l'oeuvre a été produite. Ce qui l'amène à voir dans le pays d'origine de l'oeuvre un facteur de rattachement généralement pertinent, qui détermine la loi applicable aussi à cette oeuvre dans les autres pays (*lex loci originis*). L'applicabilité d'une autre loi dans un certain nombre de cas spéciaux correspond, selon lui, à des exceptions. Ainsi, pour les oeuvres non publiées ou les droits moraux, c'est la loi du pays dont l'auteur est ressortissant qui devrait s'appliquer, et pour les atteintes aux droits d'auteur, la "*lex loci delicti commissi*"; les contrats des auteurs relèvent soit de la loi nationale des parties, si celles-ci ont la même nationalité, soit de la loi du lieu d'exécution du contrat<sup>29</sup>.

Ce raisonnement est un excellent exemple de la façon dont on peut tenter d'édifier un système national de règles internationales privées sur la base d'une seule règle de conflit unilatérale. On doit toutefois tenir compte des difficultés qui se posent logiquement quand on cherche à dégager d'une règle prescrivant implicitement sa *propre* application inconditionnelle à toute oeuvre d'auteur étranger produite dans le pays qui l'a adoptée le principe de l'applicabilité universelle, dans d'autres pays égale-

ment, de la loi du pays d'origine des oeuvres publiées. Les questions réglées par la *lex loci originis* auraient trait notamment à l'existence, à la titularité, à la teneur, aux limites et à la durée des droits des auteurs ainsi qu'aux formalités que ces derniers auraient à accomplir. Toutefois, la disposition juridique que Koumantos considère comme étant à l'origine de toutes ces conséquences régit en réalité les conditions de sa propre applicabilité aux oeuvres d'origine étrangère. Ce faisant, elle semble avoir clairement substitué, sous réserve de réciprocité, la loi grecque à la loi du pays dans lequel les oeuvres étrangères admises à bénéficier d'une protection ont été produites, plutôt que de justifier une application universelle et inconditionnelle de la *lex loci originis* des oeuvres étrangères. En l'absence de réciprocité, elle ne semble pas prescrire l'application de la loi du pays étranger dont l'oeuvre est originaire, ni suggérer que soit appliquée en Grèce la loi du pays dont l'auteur étranger est ressortissant.

Les règles de conflit unilatérales, qui prévoient l'applicabilité de la loi nationale aux auteurs étrangers sous certaines conditions, ne contiennent généralement pas de règle indiquant implicitement la loi qui devrait s'appliquer aux oeuvres étrangères dont l'auteur n'est pas admis, en vertu de leurs dispositions, à bénéficier du traitement national. Les dispositions des législations nationales qui désignent la loi étrangère applicable aux droits d'auteur revêtent habituellement la forme de règles de conflit "multilatérales"; jusqu'ici, seuls quelques rares codes de droit international privé contiennent de telles règles<sup>29a</sup>.

4.2 Les législations nationales sur les droits d'auteur ne comprennent généralement pas de *règles de fond spéciales* limitant ou réglementant de toute autre façon la portée des droits dont elles reconnaissent la jouissance aux auteurs étrangers. Elles peuvent toutefois contenir des *dispositions transitoires spéciales* s'appliquant aux auteurs d'oeuvres d'origine étrangère dans des cas exceptionnels, par exemple pour l'application rétroactive, par un pays qui adhère à un traité, de la protection prévue par celui-ci. Cette situation transitoire spéciale des étrangers a été reconnue en particulier aux alinéas 3) et 4) de l'article 18 de la Convention de Berne. Des règles de fond spéciales applicables aux étrangers peuvent marquer une discrimination par rapport au traitement national<sup>30</sup>.

Il est un autre cas particulier dans lequel des règles spéciales, applicables uniquement aux au-

<sup>28</sup> Voir, entre autres, Kegel G., *Internationales Privatrecht*, 2<sup>e</sup> édition, 1968, p. 86-87; Niederer W., *op. cit.* dans la note 14, p. 121; Koumantos G., *op. cit.* dans la note 2, p. 625.

<sup>29</sup> Koumantos, *op. cit.* dans la note 2, p. 626-628.

<sup>29a</sup> *Op. cit.* dans la note 7.

<sup>30</sup> Etude des législations nationales pertinentes dans *Le Droit d'Auteur*, 1926, p. 114-119 ("De la rétroactivité prévue par l'article 18 de la Convention de l'Union").



teurs étrangers, sont incorporées à la législation nationale : *celui des dispositions d'un traité, qui, par leur nature même, peuvent être mises en oeuvre directement sans qu'il soit nécessaire d'adopter des textes d'application à cette fin.* La possibilité d'incorporer de telles règles dans la législation nationale de l'Etat contractant, qui fait que les auteurs étrangers peuvent alors les invoquer directement devant les tribunaux de cet Etat, dépend généralement de la constitution<sup>31</sup>. Les *droits spécialement accordés* aux auteurs par un traité sont susceptibles d'application directe<sup>32</sup> et peuvent avoir force exécutoire immédiate; ils sont alors incorporés à la législation nationale comme une sorte de *jus gentium* national, applicable uniquement aux étrangers. De même, les *règles de conflit* définies dans un traité sur la protection des droits d'auteur peuvent faire partie intégrante de la législation nationale relative aux conflits de lois.

## 5. L'évolution de la réglementation de la protection des droits d'auteur par voie de traités

### 5.1 Règles de conflit conventionnelles

5.1.1 Les tendances universalistes favorables à l'application extra-territoriale de la loi du pays d'origine de l'oeuvre, déterminée soit en fonction de l'acte de publication, soit en fonction de la nationalité de l'auteur, remontent au tout début de l'histoire de la protection internationale des droits d'auteur.

Selon tous les traités *bilatéraux* conclus initialement dans ce domaine, il convenait de prouver la titularité des droits sur l'oeuvre pour laquelle la protection était demandée en vertu du traité. Cela signifie que la protection de l'oeuvre originaire d'un Etat contractant dans un autre Etat *n'était pas* indépendante de l'existence d'une protection dans le pays d'origine; la capacité d'avoir des droits sur une oeuvre devait être établie dans le pays d'origine. Le facteur rattachant l'oeuvre à l'un ou l'autre des Etats contractants en tant que pays d'origine était sa publication ou la nationalité de l'auteur.

Déterminer la *loi applicable dans le pays qui accorde la protection* a toujours posé un problème

différent de celui qui a trait aux conditions à remplir pour *bénéficier d'une protection en vertu du traité.* Selon un traité conclu en 1855 entre la France et les Pays-Bas, la loi du pays d'origine était aussi applicable aux questions de fond liées à la protection et ne servait pas simplement à déterminer les conditions à remplir pour en bénéficier. Toutefois, en ce qui concerne la loi applicable dans le pays où la protection était demandée, tous les autres traités avaient retenu la *lex loci protectionis*, reconnaissant ainsi dès le départ le principe du traitement national des oeuvres d'auteur originaires de l'autre Etat contractant<sup>33</sup>.

5.1.2 S'agissant des conventions *multilatérales* sur la protection des droits d'auteur, le concept de l'application extra-territoriale de la *lex loci originis* n'a survécu que dans la *Convention de Montevideo* concernant la propriété littéraire et artistique (1889). Conformément à l'article 2 de cette convention, l'auteur de toute oeuvre et ses successeurs jouissent, dans les Etats signataires, des droits que leur accorde la loi de l'Etat où a eu lieu la première publication ou production de cette oeuvre. La nationalité n'était pas considérée comme un facteur de rattachement, c'était le concept du *jus soli* qui prévalait. La Convention de Montevideo est le seul traité multilatéral d'Amérique qui soit aussi ouvert à des pays d'autres continents, et plusieurs Etats européens y ont adhéré. Les demandes d'adhésion doivent être approuvées par chaque Etat signataire séparément, de sorte que la convention est devenue en réalité un ensemble de relations bilatérales. Aujourd'hui, elle n'a sans doute une importance pratique que pour la Bolivie qui n'est pas encore partie à la Convention de Berne ni à la Convention universelle sur le droit d'auteur.

L'inefficacité de la Convention de Montevideo démontre de façon probante qu'il est impossible, dans la pratique, de mettre en oeuvre le principe, certes souhaitable, de l'application extra-territoriale universelle d'un seul et même droit initialement conféré à l'auteur sur son oeuvre en vertu de la législation de l'Etat compétent. Il est vrai que l'application universelle de la *lex loci originis* ne garantirait pas seulement le respect, dans le monde entier, de la même capacité initialement reconnue à l'auteur d'avoir des droits sur son oeuvre, mais aussi l'application à l'oeuvre d'un même régime juridique dans la totalité des pays. Toutefois, cela

<sup>31</sup> Rapport général, Conférence de révision de la Convention de Berne, Paris, par. 26 portant sur l'article 36.

<sup>32</sup> Ces règles susceptibles d'application directe, qui sont incorporées dans l'ensemble des lois nationales, sont généralement dites "*self-executing*" en anglais. Voir, entre autres, Bleckmann A., "*Self-executing Treaty Provisions*", in *Encyclopedia of Public International Law*, 1984, p. 414-417; Evans A.E., "*Self-executing Treaties in the United States of America*", in *British Yearbook of International Law*, 1953, p. 178-205.

<sup>33</sup> Pour ce qui est des premiers traités bilatéraux sur les droits d'auteur, voir en particulier Pataille J., *Code international de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, avec appendice contenant les traités internationaux et les lois françaises et étrangères, Paris, 1865; Pillet A., *op. cit.* dans la note 2, vol. 2, p. 27-34; Majoros F., "*La raison d'être actuelle et future des réglementations bilatérales en matière de droit d'auteur*", in *Revue internationale de droit comparé*, 1969.

signifierait aussi que, dans tous les pays, les utilisateurs d'oeuvres étrangères et les magistrats veillant à la protection internationale des oeuvres seraient contraints d'étudier autant de législations étrangères qu'il y a de pays d'origine des oeuvres utilisées sur le territoire de leur pays. L'application universelle de la *lex loci originis* aboutirait dans chaque pays à une multiplication infinie des niveaux de protection en fonction du nombre des pays d'origine des oeuvres.

Pour faciliter la mise en oeuvre de la Convention de Montevideo, un protocole additionnel prévoyait que les lois des Etats contractants seraient appliquées d'office par le juge de la cause (art. 2) et que les gouvernements s'engageaient à se transmettre réciproquement des exemplaires authentiques des lois en vigueur (art. 5). Même ces dispositions n'ont pu faire de la convention un texte utilisable dans la pratique. La loi d'un pays sur les droits d'auteur est beaucoup plus que le texte sur lequel elle repose; et on ne peut attendre des utilisateurs des oeuvres qu'ils comprennent bien même les textes de lois étrangers. Le principe de la *permanence* des droits des auteurs dans le monde entier devait céder la place à celui de l'*application générale dans chaque pays de sa propre loi*.

Dès 1910, un autre traité inter-américain, de plus grande portée, la *Convention de Buenos Aires*, (la seule à laquelle les Etats-Unis d'Amérique soient parties) abandonnait le principe de l'applicabilité universelle de la *lex loci originis* sur le continent américain également. Il continuait toutefois de reconnaître le rôle de la *législation du pays d'origine dans l'établissement de la capacité des titulaires du droit d'auteur de demander dans les autres Etats contractants la protection* des droits que la législation nationale conférerait à leurs ressortissants. En vertu de l'article 3

... la reconnaissance d'un "copyright" dans un Etat, conformément à ses lois, produira de plein droit ses effets dans tous les autres, sans qu'il y ait à remplir d'autres formalités, pourvu qu'apparaisse dans l'oeuvre quelque indication faisant savoir que la propriété en est réservée.

Toutefois, pour ce qui est de la *règle de fond* applicable, l'article 6 de la convention prévoit expressément l'application de la *lex loci protectionis*, mais pour une période ne dépassant pas le terme de protection accordé dans le pays d'origine.

## 5.2 Règles de fond conventionnelles

Les tout premiers traités bilatéraux contenaient déjà des règles de fond applicables dans les deux Etats contractants; dans les limites de ces dispositions, une certaine réciprocité matérielle était donc assurée. Dans plusieurs de ces traités, les parties définissaient expressément, par exemple, la durée

de protection devant être appliquée réciproquement. La durée de protection contre la traduction était généralement plus courte que celle de la protection contre la reproduction<sup>34</sup>.

Les règles de fond des conventions bilatérales étaient particulièrement importantes pour les pays dans lesquels il n'existait pas de législation sur le droit d'auteur. Tel était le cas, par exemple, des règles du Traité de 1864 conclu entre la France et la Suisse; la loi fédérale sur la propriété littéraire et artistique n'a été promulguée dans ce dernier pays qu'en 1883, et le traité contenait 34 dispositions de fond relatives à la protection des oeuvres françaises en Suisse et 16 articles concernant la protection des oeuvres suisses en France<sup>35</sup>.

La Convention de Montevideo (1889) a complété la règle de l'application de la *lex loci originis* par un certain nombre de dispositions de fond concernant, par exemple, la protection contre les adaptations (art. 9), les droits des traducteurs (article 6) et l'interprétation de l'expression "oeuvres littéraires ou artistiques" grâce à une liste d'exemples (art. 5). La Convention de Buenos Aires (1910) contenait elle aussi une série de règles de fond assurant un minimum de protection dans tous les Etats contractants.

## 6. La Convention de Berne et le droit international privé

Après ce bref aperçu historique et cette analyse succincte de droit comparé, il nous faut maintenant examiner plus en détail les aspects de la protection prévue par la Convention de Berne qui relèvent du droit international privé.

### 6.1 Conditions de la protection

6.1.1 La première question à examiner est celle des conditions à remplir pour bénéficier d'une protection en vertu de la Convention de Berne. En 1886, les pays contractants se sont constitués à l'état d'union pour la protection des droits des auteurs sur leurs oeuvres littéraires et artistiques<sup>36</sup>. Il leur a fallu alors préciser à quels auteurs la convention devait s'appliquer. Pour cela, ils ont fixé un certain nombre de points de rattachement permettant à un auteur de revendiquer une protec-

<sup>34</sup> Dans le traité de 1862 conclu entre la France et la Prusse, par exemple, la durée retenue était de cinq ans seulement et la protection contre les traductions n'était assurée que si une réserve expresse à ce sujet figurait sur la page de titre et si la traduction dans la langue visée était faite dans les trois ans.

<sup>35</sup> De Martens, *op. cit.* dans la note 13.

<sup>36</sup> Article premier du texte original de la Convention de Berne, qui n'a été que très légèrement modifié depuis.

tion en vertu de la convention pour les oeuvres pour lesquelles il était habilité à le faire. Ces points de rattachement doivent *lier l'auteur à l'un des pays de l'Union de Berne*, sinon, la convention ne lui est pas applicable. Les critères liant l'auteur à *un pays* de l'union ne sont en aucun cas des principes de rattachement concernant l'applicabilité de la *loi* de ce pays. Ils établissent simplement la capacité de l'auteur de bénéficier de droits conformément aux dispositions de la convention. Aussi, ne faut-il pas confondre ces critères rattachant l'auteur à un Etat contractant — et qui l'habilitent de ce fait à bénéficier de la protection prévue par la convention — avec les règles de ladite convention qui déterminent quelle loi s'applique aux auteurs admis au bénéfice de la protection.

Le principal point de rattachement donnant à l'auteur le droit de demander une protection en vertu de la Convention de Berne est sa *nationalité*. Le terme français "ressortissant" a toujours été compris dans ce sens et l'expression anglaise "*subjects or citizens*" utilisée dans les traductions des premiers actes de la convention a été remplacée en conséquence par le mot "*nationals*". Sont protégés en vertu de la convention les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union, pour toutes leurs oeuvres, publiées — dans un pays de l'union ou ailleurs — ou non (art. 3.1 a)).

L'application du principe de la nationalité, dont la prédominance correspondait à la théorie du droit international privé de Mancini<sup>37</sup>, a été généralisée par la conférence de Stockholm de 1967 : jusqu'alors, même les ressortissants d'un pays de l'union ne bénéficiaient d'une protection conventionnelle pour leurs oeuvres publiées que si celles-ci avaient été publiées pour la première fois dans un pays de l'union. Mais la conférence de Stockholm est allée encore plus loin et elle a renforcé le principe de la nationalité en assimilant les auteurs *qui ne ressortissent pas* à l'un des pays de l'union mais qui y ont leur *résidence habituelle* aux auteurs ressortissant audit pays (art. 3.2)). Contrairement au sens du terme "domicile" généralement utilisé en droit international privé, et surtout en droit anglais, l'expression "résidence habituelle" ne signifie pas que le résident doit nécessairement avoir l'intention de s'installer en permanence dans le pays<sup>38</sup>.

6.1.2 Une autre condition à remplir pour être admis à bénéficier d'une protection en vertu de la Convention de Berne est que l'oeuvre doit avoir été *publiée pour la première fois* dans un pays de l'union, ou tout au moins simultanément —

c'est-à-dire à moins de 30 jours d'intervalle — dans un pays étranger à l'union et dans un pays de l'union. Ce point de rattachement s'applique aussi aux auteurs qui ne ressortissent pas à l'un des pays de l'union et qui n'y ont pas leur résidence habituelle (art. 3.1 b) et 4)). Il a permis à des auteurs appartenant à des pays non membres de l'union de bénéficier indirectement de la protection prévue par la convention.

6.1.3 Ces deux points de rattachement nécessitent une *interprétation*. En ce qui concerne *la nationalité et la résidence habituelle*, la question s'est posée pendant la conférence de Stockholm de 1967 de savoir à quel moment l'un ou l'autre de ces éléments devraient intervenir pour être un critère de protection, l'auteur pouvant changer de nationalité ou de résidence habituelle de temps en temps. Toutefois, aucune clause interprétative n'a été incorporée à la convention elle-même, et il a été décidé que la réponse devait être donnée par les tribunaux du pays où la protection est réclamée. Les actes de la conférence soulignent toutefois qu'il est probable que la date décisive sera la date où l'oeuvre, sans avoir été publiée, a pour la première fois été rendue accessible au public<sup>39</sup>.

En ce qui concerne la notion de *publication*, l'expression "oeuvre publiée" est définie dans l'article 3.3) de la convention. Elle désigne uniquement les oeuvres reproduites avec le consentement de leurs auteurs, en un nombre d'exemplaires suffisants pour satisfaire les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'oeuvre. Pour les oeuvres dont la divulgation n'équivaut pas à une publication, on prend en considération les points de rattachement que sont la nationalité ou la résidence habituelle, à deux importantes exceptions près : la convention s'applique aussi aux *auteurs* des oeuvres cinématographiques dont le *producteur* a son siège ou sa résidence habituelle dans l'un des pays de l'union et aux auteurs des oeuvres architecturales édifiées dans un pays de l'union ou des oeuvres des arts graphiques et plastiques faisant corps avec un immeuble situé dans un pays de l'union (art. 4).

6.1.4 Le pays de l'union, choisi dans chaque cas en fonction du critère de rattachement applicable, est considéré comme le *pays d'origine de l'oeuvre*.

Lorsqu'il y a *conflit entre les critères de rattachement*, et que plusieurs pays de l'union peuvent être considérés comme le pays d'origine, des règles spéciales s'appliquent, qui donnent la priorité à l'un de ces pays. Si un auteur ressortissant à un pays de l'union ou y ayant sa résidence habituelle publie son oeuvre pour la première fois dans un autre pays

<sup>37</sup> *Op. cit.* dans les notes 20 et 21.

<sup>38</sup> Cheshire G.C., *Private International Law*, 6<sup>e</sup> édition, Oxford, 1961, p. 172.

<sup>39</sup> Conférence de Stockholm de 1967, rapport sur les travaux de la Commission principale n° I, par. 29-30.

de l'union, c'est ce dernier qui est considéré comme le pays d'origine. Lorsqu'une oeuvre est publiée simultanément dans plusieurs pays de l'union admettant des durées de protection différentes, le pays d'origine est celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue (art. 5.4)a)). A cet égard, il n'a jamais été décidé quel est le pays d'origine lorsque tous les pays de l'union dans lesquels l'oeuvre a été publiée simultanément accordent la même durée de protection. On peut raisonnablement penser que, dans de telles circonstances, c'est la date à laquelle l'oeuvre a effectivement été publiée pour la première fois qui est décisive, sous réserve bien sûr que l'on puisse établir précisément cette date. Il est à noter toutefois que les mêmes difficultés risquent de se présenter lorsque, pour vérifier qu'il y a eu publication simultanée, on doit déterminer les dates exactes, qui ne doivent pas être espacées de plus de 30 jours.

En vertu de la Convention de Berne, le lieu de publication l'emporte sur la nationalité ou la résidence habituelle en cas de conflit entre les dispositions visant à déterminer le pays d'origine. La protection prévue par la convention s'applique aux auteurs répondant à différents critères les rattachant à un pays de l'union; cependant, ce pays de l'union est considéré comme le pays d'origine de l'oeuvre pour laquelle l'auteur visé bénéficie d'une protection en vertu de la convention. Schack a fait observer à juste titre que

... le droit de l'auteur sur son oeuvre publiée devient un objet distinct de rapports juridiques, qui ne se confond pas avec la personne à laquelle il a été conféré; le rattachement (à un pays donné) établi en fonction de l'oeuvre correspond à cette réalité. Le statut personnel de l'auteur n'est guère connu du public, pour lequel c'est l'utilisation de l'oeuvre qui compte le plus<sup>40</sup>.

Nulle part dans la Convention de Berne, il n'est dit toutefois que la législation du pays d'origine devrait aussi s'appliquer en dehors des limites de sa juridiction. La loi du pays d'origine de l'oeuvre ne s'applique que dans certains cas particuliers, dont nous parlerons plus loin, concernant certaines conditions ou limites d'application de la législation nationale des divers pays où l'auteur demande à bénéficier d'une protection en vertu de la convention.

6.1.5 Lorsque l'Union de Berne a été instituée, en 1886, le pays d'origine de l'oeuvre avait aussi une autre fonction importante. Conformément à l'article 2 du texte original, l'auteur ne pouvait prétendre bénéficier des droits prévus par la convention que s'il avait accompli les conditions et formalités prescrites par la législation du pays d'origine. En d'autres termes, sa capacité de jouir de droits en

vertu de la convention dans tout autre Etat contractant devait avoir été établie dans le pays d'origine de l'oeuvre, selon la loi de ce pays. Ces dispositions ont été modifiées de façon radicale par l'Acte de Berlin (1908), selon lequel la jouissance et l'exercice des droits conférés par la convention "sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'oeuvre" (art. 5.2) du texte actuel). (Non souligné dans le texte original.)

Depuis 1908, même la capacité de jouir de droits sur une oeuvre dans les pays de l'union n'est plus régie par la *lex loci originis*. En ce qui concerne les adaptations cinématographiques, l'article 14<sup>bis</sup>.2)a) des Actes de Stockholm (1967) et de Paris (1971) dispose expressément que "[l]a détermination des titulaires du droit d'auteur sur l'oeuvre cinématographique est réservée à la législation du pays où la protection est réclamée." L'alinéa 2)b) donne à la législation nationale la faculté de reconnaître ou non parmi ces titulaires les auteurs des contributions apportées à la réalisation de l'oeuvre cinématographique, y compris (selon l'alinéa 3)) les auteurs des scénarios et des oeuvres musicales, créés pour la réalisation de cette oeuvre, et même le réalisateur principal de celle-ci. Dans ces conditions, il n'y a pas à se demander s'il est juste et raisonnable de permettre qu'une oeuvre cinématographique ait plusieurs titulaires initiaux de droits, en fonction des diverses législations applicables dans les pays où la protection est réclamée, et si, dans la pratique, il est possible de prévoir toutes les conséquences de cette solution. Par exemple, le scénariste ou le réalisateur d'un film originaire d'un pays où ils ne sont pas titulaires de droits sur l'oeuvre cinématographique peuvent se prévaloir d'une protection dans un autre pays où ils sont considérés comme les auteurs de l'oeuvre en vertu de la *lex loci protectionis*. La Convention de Berne semble être très claire sur ce point : *de lege lata*, la *lex loci protectionis* s'applique même à la paternité de l'oeuvre.

## 6.2 Loi nationale applicable

### 6.2.1 Conformément à l'article 5.1) de la Convention de Berne

Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les oeuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'oeuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention. (Non souligné dans le texte original.)

Pour ce qui est de la détermination de la loi nationale applicable à la protection des droits de l'auteur dans un pays de l'union, la règle fondamentale définie dans le texte original n'a pour ainsi dire pas été modifiée à l'occasion des diverses révisions. La convention garantit un traitement national à

<sup>40</sup> Schack H., *op. cit.* dans la note 2, p. 50.

*part entière aux auteurs étrangers*; en droit international privé, cela signifie que ce n'est pas la loi du pays d'origine de l'oeuvre qui est universellement appliquée dans les autres pays de l'union, *mais que c'est partout la loi du pays dans lequel la protection est réclamée, c'est-à-dire la lex loci protectionis, qui est applicable*. En dernière analyse, le pays d'origine est aussi compris, bien que l'article pertinent (art. 5.1)) limite expressément l'application de ses dispositions aux autres pays. Il faut bien se dire toutefois que, selon l'article 5.3), "lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'oeuvre pour laquelle il est protégé par la ... Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux". La convention garantit donc le traitement national aussi dans le pays d'origine, de toute évidence parce que chaque pays n'accorde pas forcément, en vertu de sa législation interne, une protection aux auteurs étrangers qui y ont publié leur oeuvre pour la première fois. Etant donné ces dispositions, on doit se montrer prudent quand on déclare, comme certains l'on fait<sup>41</sup>, que la Convention de Berne ne s'applique pas dans le pays d'origine de l'oeuvre. Certes, elle n'a pas à être invoquée dans le pays d'origine d'une oeuvre protégée lorsque l'auteur est ressortissant de ce pays ou y a sa résidence habituelle; il est vrai également que les droits qu'elle confère spécialement ne peuvent jamais être revendiqués en vertu de ses dispositions dans le pays d'origine de l'oeuvre. *Chaque pays de l'union est néanmoins tenu d'accorder le traitement national pour toutes les oeuvres dont la convention garantit la protection*.

6.2.2 La règle du traitement national énoncée dans la Convention de Berne est une expression particulière du principe de droit international privé visant l'application de la *lex loci protectionis*. L'article 5.2) est formulé dans ce sens :

... en dehors des stipulations de la .... convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée. (Non souligné dans le texte original.)

Certains spécialistes se sont demandé si l'expression "le pays où la protection est réclamée" désignait le pays où l'oeuvre est utilisée, ou plutôt le pays où l'auteur est engagé dans des poursuites judiciaires, ce qui revient à interpréter le principe du traitement national en fonction de la *lex fori*<sup>42</sup>. La plupart des auteurs établissent toutefois une distinction entre le principe de la *lex loci protectionis* et celui de la *lex fori*, et considèrent que l'article 5 de la Convention de Berne se réfère à la législation

du pays dans lequel l'oeuvre est utilisée<sup>43</sup>. Il peut arriver, par exemple, qu'un éditeur britannique reproduise la traduction anglaise d'une oeuvre allemande qui n'est plus protégée au Royaume-Uni et en exporte des exemplaires vers la République fédérale d'Allemagne, où l'oeuvre bénéficie encore d'une protection parce que la durée de protection y est plus longue. Il peut être souhaitable de poursuivre l'éditeur britannique dans son propre pays; mais il est à noter que les questions se rapportant à la protection de l'oeuvre en République fédérale d'Allemagne seront régies par la *lex loci protectionis*, c'est-à-dire la loi allemande, et non par la *lex fori* britannique.

La règle du traitement national énoncée dans la Convention de Berne est aussi souvent considérée comme une forme d'application du principe de la *lex loci delicti commissi*. Il est vrai que le pays où l'oeuvre est utilisée est aussi, dans la plupart des cas, celui où il est porté atteinte aux droits sur l'oeuvre. Mais la Convention de Berne visait avant tout à mettre en place un système juridique complet des utilisations légales des oeuvres et non à régler la mise en vigueur des droits en tant que telle. Comme le fait justement observer l'Institut Max Planck de droit étranger et international en matière de brevets, de droit d'auteur et de concurrence (Munich) dans l'avis qu'il a donné en 1985, "la teneur et la portée des droits protégés dans un pays, les actes qui constituent aux termes de la loi une atteinte à ces droits et les sanctions applicables forment un tout"<sup>44</sup>. Toutefois, le principe de la *lex loci delicti commissi* ne vise que les actes portant atteinte aux droits des auteurs, et il n'est pas directement utilisable pour déterminer quelle loi régit l'ensemble de la question de la protection des droits d'auteur, dont l'objet est d'assurer l'exercice normal de ces droits et de favoriser ainsi les utilisations licites de l'oeuvre.

Il ressort de ce que nous avons dit jusqu'ici que même les règles spéciales sur la saisie des oeuvres contrefaites, énoncées à l'article 16 de la convention, semblent prévoir l'application de la *lex loci protectionis*. La saisie devrait avoir lieu dans le pays où l'oeuvre bénéficie d'une protection contre la contrefaçon, et conformément à la législation de ce pays, même si des poursuites judiciaires ont été engagées dans un autre pays pour une raison ou une autre, par exemple parce que des exemplaires de l'oeuvre ont été exportés vers un pays où celle-ci est protégée et que le contrefacteur qui a reproduit les exemplaires a son siège et ses avoirs dans un

<sup>41</sup> Plus récemment, Koumantos, *op. cit.* dans la note 2, p. 637.

<sup>42</sup> Par exemple, Koumantos, *op. cit.* dans la note 2, p. 635-636; en particulier en ce qui concerne les moyens d'obtenir réparation.

<sup>43</sup> Voir, entre autres, Desbois, Françon, Kerever, *Les Conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, 1976, p. 153, par. 137; Ulmer E., *op. cit.* dans la note 1, p. 10, par. 16.

<sup>44</sup> *Op. cit.* dans la note 1, p. 106.

autre pays. Ce n'est pas la *lex fori* mais la *lex loci protectionis* qui régit aussi les questions de saisie. Néanmoins, pour que les dispositions de l'article 16 de la Convention de Berne puissent être mises en oeuvre en pareil cas, il faut qu'il y ait assistance judiciaire réciproque entre les deux pays visés.

6.2.3 Nous devons analyser ici, du point de vue du droit international privé, certains aspects particuliers de l'applicabilité de la *lex loci protectionis* en vertu de la Convention de Berne. L'article 5.1) ne se contente pas de renvoyer à la législation du pays où la protection est réclamée, et il ne dispose pas non plus d'une manière générale que les auteurs étrangers bénéficient de la même protection que les ressortissants, formule essentiellement utilisée dans la Convention universelle sur le droit d'auteur (art. II.1, 2). Selon la Convention de Berne, les pays de l'union autres que le pays d'origine de l'oeuvre sont tenus d'accorder aux auteurs les mêmes droits que ceux que leurs lois respectives accordent à leurs nationaux. Il en découle plusieurs conséquences.

Premièrement, l'auteur, qui est apte à bénéficier d'un traitement national dans tous les pays de l'Union, aura *autant de droits que les pays de l'union pris individuellement en reconnaissent* à leurs propres ressortissants. Lorsque l'acte d'utilisation de l'oeuvre d'un auteur s'étend à plusieurs pays de l'union (par exemple, distribution d'exemplaires de l'oeuvre dans divers pays, communication de l'oeuvre par satellite de radiodiffusion directe, etc.), il convient de prendre en compte tous les droits accordés par tous les pays où l'oeuvre est utilisée.

Deuxièmement, le fait que la convention se réfère aux droits accordés par les pays de l'union à leurs nationaux *exclut la possibilité d'appliquer aux auteurs étrangers d'éventuelles règles spéciales les concernant exclusivement*, sauf dans les cas expressément prévus (voir par exemple l'article 18 ou les dispositions directement applicables dont nous avons déjà parlé plus haut).

Troisièmement, l'obligation d'accorder aux auteurs étrangers les mêmes droits qu'aux auteurs nationaux *exclut la prise en compte des règles de conflit de lois* du pays où la protection est accordée. Ces règles ne confèrent pas de droits aux ressortissants d'un pays; elles permettent de déterminer quelle est la loi nationale la plus pertinente qui doit s'appliquer aux diverses relations juridiques entre personnes. Ainsi la convention évite également le problème difficile que pose le "renvoi" (qui consiste à désigner comme applicable la loi d'un autre pays, dont les règles de conflit de lois peuvent, à leur tour, en désigner une autre).

6.2.4 S'agissant du *champ d'application* de la *lex loci protectionis*, nous devons formuler quelques observations sur deux points. Premièrement, en

matière de protection des oeuvres contre les actes spécifiés, la convention ne prévoit l'application d'aucune autre loi que la *lex loci protectionis*. Aussi convient-il de donner à cette loi le champ d'application le plus large possible et de la faire porter sur tous les aspects de la protection des droits d'auteur régis par la convention. En conséquence, la *lex loci protectionis* s'applique à la capacité de jouissance et d'exercice des droits d'auteur, à la teneur et aux limites de ces droits ainsi qu'à leur durée, mais pas à la protection des droits d'auteur au cours de leur exercice volontaire ni à aucune autre question juridique ne relevant pas de la convention, comme par exemple les taxes.

Deuxièmement, la convention *limite, dans quatre cas particuliers, l'application de la lex loci protectionis par renvoi à la lex loci originis*. Même là, ce n'est pas cette dernière qui s'applique mais toujours la *lex loci protectionis*, dont les effets sont toutefois limités par certaines conditions ou restrictions définies en fonction de la portée de la protection accordée par la *lex loci originis*. Il semble justifié de formuler les observations qui suivent au sujet de ces quatre cas de renvoi à la *lex loci originis*, qui établissent une certaine forme de réciprocité matérielle restreignant le principe du traitement national illimité.

i) *La règle de la comparaison des délais de protection* énoncée à l'article 7.8), qui dispose que, "la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée", étant entendu toutefois que "à moins que la législation de ce dernier n'en décide autrement, elle n'excédera pas la durée fixée dans le pays d'origine de l'oeuvre" — ne rend pas applicable la loi de ce dernier pays, même si la *lex loci protectionis* n'empêche pas de prendre en compte la durée fixée dans le pays d'origine. Elle ne fait que limiter l'applicabilité de la *lex loci protectionis* en fonction de la durée des droits de l'auteur dans le pays d'origine.

Il convient de noter en particulier que fixer la durée de protection ne revient pas à accorder un droit : cette durée présuppose que l'auteur jouit d'un droit, auquel elle met fin en venant à expiration. On ne peut donc pas interpréter la règle de la comparaison des délais comme signifiant que la non-existence d'une forme de droits d'auteur dans le pays d'origine équivaut à une durée de protection nulle et, par conséquent, que de tels droits ne devraient pas être protégés plus longtemps, c'est-à-dire qu'ils ne devraient pas l'être du tout, dans le pays où des droits correspondants sont accordés. Fondamentalement donc, la règle de la comparaison des délais n'est pas une exception à la règle selon laquelle la jouissance des droits est indépendante de leur reconnaissance dans le pays d'origine. Il s'agit d'une règle spéciale, qui limite dans le

temps les droits conférés en vertu de la *lex loci protectionis* et qui n'est nullement applicable lorsque la durée de protection prévue par cette dernière est plus courte que celle qui est fixée en vertu de la *lex loci originis*.

ii) Dans le domaine de la protection des *dessins et modèles industriels*, question qui se rattache à celle de la détermination du champ des droits d'auteur<sup>45</sup>, c'est encore la *lex loci protectionis* qui s'applique. Si cette loi ne protège pas les dessins et modèles en tant qu'oeuvres artistiques, il n'y a pas à se demander si la législation du pays d'origine les considère comme telles : elles ne bénéficient, dans le pays où la protection est recherchée, d'aucune protection en vertu de la législation sur le droit d'auteur. Conformément à l'article 2.7) de la convention, il est réservé aux législations des pays de l'union de régler le champ d'application des lois concernant les dessins et modèles industriels. Toutefois, si le pays où la protection est recherchée reconnaît les dessins et les modèles comme des oeuvres d'auteur et en même temps comme des objets pouvant bénéficier d'une protection spéciale par un titre de propriété industrielle, ces dessins et modèles seront protégés en tant qu'oeuvres d'auteur seulement si aucune protection spéciale ne leur est accordée dans leur pays d'origine ou encore s'il s'agit simplement d'une protection spéciale. Sinon, l'auteur ne peut faire valoir que cette protection spéciale dans un autre pays de l'union. C'est toutefois toujours la *lex loci protectionis* qui s'applique si les dessins et modèles doivent bénéficier d'une protection en vertu de la loi sur le droit d'auteur.

iii) La situation est analogue en ce qui concerne le *droit de suite* (art. 14<sup>ter</sup>) qui est de toute façon un élément à part des dispositions relatives aux droits d'auteur. Il assure à l'auteur ou, après sa mort, à ses ayants cause, un intéressement aux bénéfices tirés des *ventes de l'exemplaire original* de l'oeuvre. La vente de cet exemplaire n'a pas d'incidence sur les droits de l'auteur concernant l'oeuvre elle-même, à moins que les parties concernées n'en aient décidé autrement. Il est généralement admis que la cession de la propriété du support matériel de l'oeuvre ne s'accompagne pas automatiquement d'un transfert de la titularité des droits de l'auteur sur cette oeuvre (par exemple, des droits concernant l'exposition, la reproduction, l'adaptation cinématographique, etc., d'une oeuvre d'art visuel). On notera par ailleurs que le droit de suite a été introduit dans l'Acte de Bruxelles (1948) en tant que droit spécial, *accordé sous condition* par la convention

elle-même. Un auteur ne peut le faire valoir que si son pays (qui n'est pas nécessairement le pays d'origine de l'oeuvre, par exemple si celle-ci a été publiée pour la première fois ailleurs) l'autorise. Et, même dans ce cas, ce droit spécial conféré par la convention ne s'applique que *dans la mesure où le permet la lex loci protectionis*. Assujettir l'octroi d'un droit à la condition de la réciprocité, c'est lui enlever par le fait même son caractère de norme obligatoire de fond.

iv) Enfin, il faut aussi mentionner, au sujet des règles de conflit, l'article 14<sup>bis</sup> 2)c) de la convention, dont les dispositions sont les seules qui traitent directement de *contrats passés par l'auteur* et indique, ce faisant, qu'il faut aussi se soucier de protéger les droits de l'auteur lorsque celui-ci les exerce volontairement<sup>46</sup>. Dans la plupart des cas, l'auteur se trouve dans une position de négociation moins avantageuse que l'utilisateur éventuel de son oeuvre et la nécessité d'établir un juste équilibre entre les intérêts des deux parties appelle quelques garanties au niveau international aussi. En vertu de la convention, la question de savoir si le contrat d'adaptation cinématographique d'une oeuvre doit revêtir la forme écrite ou non est réglée par la législation du pays de l'union où le producteur de l'oeuvre cinématographique a son siège ou sa résidence habituelle. Mais l'article susmentionné dispose aussi à cet égard que, si la *lex loci protectionis* détermine qu'il doit s'agir d'un contrat écrit, il doit en être ainsi même lorsque le pays du producteur de l'oeuvre n'exige pas la forme écrite. On notera que, en ce qui concerne les contrats des auteurs, le droit international privé a évolué considérablement depuis la théorie de Savigny; la question du choix de la loi applicable a encore été nuancée et il est généralement admis aujourd'hui que, en fonction des critères que l'on retient, plusieurs lois peuvent s'appliquer à un même contrat entre parties appartenant à des pays différents, selon les circonstances de l'espèce<sup>47</sup>.

### 6.3 Droits spécialement accordés par la Convention de Berne

#### 6.3.1 Les règles de fond conventionnelles autres que celles qui ont trait simplement aux critères de

<sup>46</sup> Voir Boytha G., "Ansätze für das Urhebervertragsrecht in der revidierten Berner Uebereinkunft", in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, Vienne, 1987, p. 179-187.

<sup>47</sup> Par exemple, selon Ehrenzweig A., un contrat devrait être considéré comme valable en vertu de toute loi dont on peut raisonnablement penser que les parties ont pris en compte l'application (*On Conflict of Laws*, 1962, p. 464); le *Restatement of Conflict of Laws II* (1971) énumère, pour les États-Unis d'Amérique, sept facteurs généraux à prendre en considération pour choisir la législation applicable (art. 6.2)).

<sup>45</sup> Boytha G., "Some Borderline Problems of Copyright with Special Regard to the Protection of Industrial Property and the Law of Competition", in *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, tomes 3-4, 1969, p. 267-293.

protection ou au choix du droit matériel applicable, consistent à accorder des droits qui doivent être reconnus dans chaque pays de l'union à l'exception du pays d'origine de l'oeuvre. Les dispositions de la convention qui se rapportent à la concession de ces droits sont celles qui déterminent i) les personnes aptes à bénéficier de la protection prévue par la convention<sup>48</sup>; ii) les oeuvres pour lesquelles les auteurs doivent être protégés en tout état de cause, conformément à ses règles<sup>49</sup>; iii) le contenu des droits exclusifs fondamentaux de l'auteur d'autoriser certaines utilisations réservées de son oeuvre<sup>50</sup>; iv) le droit moral de l'auteur<sup>51</sup>; v) la portée des limitations admissibles de la protection des droits exclusifs de l'auteur, en particulier en ce qui concerne leur exercice volontaire et leur durée<sup>52</sup>; vi) les droits de l'auteur lorsque la convention admet le recours aux licences obligatoires pour l'utilisation de son oeuvre<sup>53</sup>; vii) l'interprétation de certaines catégories juridiques liées à la jouissance et à l'exercice des droits prévus par la convention<sup>54</sup>; et viii) les sanctions applicables<sup>55</sup>.

Les règles de fond adoptées dans la convention représentent des *garanties minimales* de protection à respecter en ce qui concerne tous les aspects des droits qu'elle confère spécialement aux auteurs et à leurs ayants cause, pour toute oeuvre pour laquelle ils sont protégés en vertu de la convention, dans tous les pays de l'union autres que le pays d'origine de l'oeuvre (art. 5.1)), que la *lex loci protectionis* prévoit le même niveau de protection ou non. Toutefois, on ne peut en aucun cas interpréter cette protection conventionnelle minimale comme excluant la possibilité de revendiquer l'application de dispositions plus larges édictées par la législation du pays où la protection est réclamée en vertu de la convention (l'article 19 en dispose ainsi sans établir de distinction entre la protection accordée aux nationaux et applicable à l'intéressé conformément à la règle du traitement national, d'une part, et la protection spéciale éventuellement accordée aux étrangers, d'autre part.

6.3.2 Le droit de réclamer, en vertu du principe du traitement national, une protection plus étendue que celle qui est spécialement accordée par la convention elle-même vaut aussi pour les *oeuvres*

que la *lex loci protectionis* reconnaît comme des "productions du domaine littéraire, scientifique et artistique" (art. 2.1)), mais qui ne figurent pas dans la liste des oeuvres citées à titre d'exemples dans cet article. Tel est le cas par exemple des programmes d'ordinateur. En ce qui concerne les catégories d'oeuvres pour lesquelles un auteur peut faire valoir une protection en vertu de la convention, on peut encore aller plus loin. La liste de l'article 2 *n'énumère pas simplement un nombre minimal* de catégories d'oeuvres susceptibles de bénéficier d'une protection, laissant aux législations nationales la faculté d'étendre la protection à d'autres oeuvres; il s'agit essentiellement d'une *interprétation illustrative* de la notion d'"oeuvres littéraires et artistiques", qui comprennent, selon les termes de la convention, "toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression". Ainsi, toute création intellectuelle couverte par cette notion devrait bénéficier, dans chaque pays de l'union, d'une protection correspondant aux normes minimales fixées dans la convention<sup>56</sup>.

6.3.3 Dès le début de la première conférence diplomatique tenue à Berne en 1884 en vue de l'établissement de l'union, la délégation allemande demanda si

... au lieu de conclure une convention basée sur le principe du traitement national, ne serait-il pas préférable de viser dès à présent à une codification réglant de manière uniforme ... la totalité des dispositions relatives à la protection du droit d'auteur?<sup>57</sup>

La réponse fut négative. Pourtant, dès l'Acte de 1886, la Convention de Berne accordait spécialement des droits importants, que chaque pays de l'union était tenu de reconnaître, en ce qui concerne les oeuvres originaires des autres pays de l'union. Le développement permanent des normes minimales, combiné à l'application générale du principe du traitement national et en interaction constante avec l'évolution parallèle des législations nationales, a progressivement conduit à un relèvement harmonisé du niveau de protection dans tous les pays de l'union. Pendant longtemps, ce processus a contribué également à la *réalisation de l'objectif d'arriver à une réciprocité matérielle* de la protection des droits d'auteur en gommant plus ou moins les écarts résultant de l'application du traitement

<sup>48</sup> L'auteur et ses ayants droit, article 2.6); présomptions d'auteur, article 15.

<sup>49</sup> Articles 2, 2<sup>bis</sup>.

<sup>50</sup> Articles 8, 9, 11, 11<sup>bis</sup>.1), 11<sup>ter</sup>, 12, 14, 14<sup>bis</sup>.1), 14<sup>ter</sup>.1).

<sup>51</sup> Article 6<sup>bis</sup>.

<sup>52</sup> Articles 7, 7<sup>bis</sup>, 10, 18 (en ce qui concerne l'effet rétroactif de la convention) et 21, ainsi que le Protocole (pour ce qui est des pays en développement).

<sup>53</sup> Articles 11<sup>bis</sup>.2)3), 13, 14<sup>bis</sup>.3).

<sup>54</sup> Articles 3.3)4), 5.4), 14<sup>bis</sup>.2)b)d), 3).

<sup>55</sup> Article 16.1).

<sup>56</sup> Voir, entre autres, Boytha G., "Protection of Interests Relating to the Creation and Use of Computer Programs", in *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, tome 21(3-4), partie 4, International Protection of Computer Software, p. 365; Kindermann M., "Computer Software and Copyright Conventions" in *European Intellectual Property Review*, 1981/1.

<sup>57</sup> Actes de la réunion reproduits dans la publication commémorative de l'OMPI, *op. cit.* dans la note 10, p. 89.



national aux auteurs étrangers dans des pays qui accordaient des niveaux de protection différents. Cela explique pourquoi, jusqu'à une époque récente, aucun pays de l'union n'avait proposé d'assujettir le traitement national à la condition de la réciprocité matérielle en ce qui concerne certains actes pour lesquels la protection assurée par la législation nationale était supérieure à celle de la plupart des autres pays.

Dans certains pays, toutefois, il semble y avoir un changement d'attitude à l'égard des droits reconnus par la législation nationale pour ce qui est des formes d'utilisation des oeuvres faisant appel à des techniques nouvelles, contre lesquelles seuls quelques pays accordaient jusqu'ici une protection. Comme il n'est pas prévu pour le moment de réviser la Convention de Berne, le concept de la réciprocité matérielle, qui est étranger au principe du traitement national généralement appliqué en vertu de ladite convention, a commencé d'être invoqué à certains égards, ce qui a obligé les législateurs à chercher de nouvelles solutions au problème que pose la réticence des pays à protéger les oeuvres étrangères. Ce problème devrait aussi être traité sur le plan international.

### 7. La Convention universelle sur le droit d'auteur et le droit international privé

Du point de vue du droit international privé, la Convention universelle sur le droit d'auteur adoptée en 1952 et son Acte révisé de 1971 reposent pour l'essentiel sur les mêmes fondements que la Convention de Berne<sup>58</sup>.

7.1 Les critères de protection sont en grande partie analogues, bien que le système appliqué ne soit pas le même (art. II). On relève par rapport à celui de la Convention de Berne quatre grandes différences.

Alors que la Convention de Berne s'applique aux auteurs et que les critères de protection qui déterminent le pays d'origine de leur oeuvre leur sont tous liés, dans la Convention universelle sur le droit d'auteur les *points de rattachement se rapportent aux oeuvres* et ce sont donc celles-ci, et non les auteurs, qui sont admises au bénéfice de la protection.

Une autre différence a trait à l'*assimilation* des personnes vivant dans un pays partie à la conven-

tion aux nationaux de ce pays. Contrairement à ce que prévoit la Convention de Berne, l'assimilation n'est pas automatique; *tout Etat contractant peut l'instaurer par des dispositions de sa législation interne*. Par ailleurs, ce n'est pas la résidence habituelle mais le *domicile* qui est retenu comme critère pour l'assimilation de l'auteur étranger au ressortissant du pays.

La troisième différence est que, pour déterminer l'origine de l'oeuvre, la Convention universelle sur le droit d'auteur applique directement les points de rattachement que sont la première publication, la nationalité, et éventuellement le domicile *sans faire appel à la notion de pays d'origine de l'oeuvre*.

Quatrièmement, il est question de la notion de *publication simultanée seulement au sujet de la règle de la comparaison des délais* de protection. L'article IV.4 dispose expressément qu'aucun Etat contractant n'est tenu d'assurer la protection d'une oeuvre pendant une durée plus longue que celle fixée, pour la catégorie dont elle relève, par la loi de l'Etat contractant dont l'auteur est ressortissant ou, s'il s'agit d'une oeuvre publiée, par la loi de l'Etat contractant où cette oeuvre a été publiée pour la première fois. A cet égard, l'article IV.6 reprend la notion de publication simultanée telle qu'elle a été définie dans la Convention de Berne.

7.2 En ce qui concerne la *loi nationale applicable*, le conflit de lois est encore plus difficile à déceler que dans la Convention de Berne, étant donné que la notion de pays d'origine n'intervient pas. Le principe du traitement national énoncé dans l'article II — celui qui énumère aussi les conditions à remplir pour bénéficier d'une protection — y est défini comme la jouissance du traitement accordé aux oeuvres des ressortissants dans tout Etat contractant autre que l'Etat auquel les points de rattachement énumérés ci-dessus lient l'oeuvre à protéger.

La Convention universelle sur le droit d'auteur ne dispose pas qu'un Etat contractant est tenu d'accorder à l'auteur d'oeuvres originaires d'un autre Etat contractant les mêmes droits qu'à ses ressortissants. Plus généralement, elle l'oblige à *accorder la même protection* aux oeuvres étrangères répondant aux critères fixés qu'aux oeuvres de ses ressortissants. En conclusion, toutefois, c'est aussi la *lex loci protectionis qui s'applique exclusivement* aux oeuvres protégées en vertu de cette convention. La *lex loci originis* de l'oeuvre n'est à prendre en considération que lorsqu'on applique la *lex loci protectionis* pour déterminer la durée de la protection, comme on l'a déjà vu ci-dessus; cependant, même dans ce cas, elle ne doit être prise en compte que pour limiter l'application de la *lex loci protectionis* lorsque la durée de la protection qu'elle accorde est plus courte; autrement, elle n'a pas plus d'autorité en

<sup>58</sup> En ce qui concerne les questions relatives aux conflits entre divers actes de la même convention et entre diverses conventions, voir, entre autres, Boytha G., "Interrelationship of Conventions on Copyright and Neighboring Rights", in *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, tome 25 (3-4), 1983, p. 403-429.

vertu de la Convention universelle sur le droit d'auteur qu'en vertu de la Convention de Berne.

7.3 Dernier point, mais non le moindre, la Convention universelle sur le droit d'auteur *accorde aussi une protection spéciale*, en plus de la protection conférée par la *lex loci protectionis*. Tout comme dans le cas de la Convention de Berne, il s'agit là aussi de garanties minimales, mais celles-ci sont encore plus faibles nonobstant les dispositions relatives à certains droits exclusifs fondamentaux (d'autoriser la reproduction, la représentation et l'exécution publiques et la radiodiffusion) de l'article IV*bis* de la version révisée de 1971. La Convention universelle sur le droit d'auteur ne dit rien des droits moraux. Elle prescrit d'une manière générale "une protection suffisante et efficace des droits des auteurs et de tous autres titulaires de ces droits sur les oeuvres littéraires, scientifiques et artistiques" dont elle donne une liste beaucoup plus courte que celle de l'article 2 de la Convention de Berne. Par ailleurs, elle ne fixe pour ainsi dire pas la portée des limitations admissibles de la protection des droits

exclusifs sur les oeuvres, à quelques importantes exceptions près — la réglementation des licences obligatoires pour les traductions (expressément prévue à l'article V) et les dispositions particulières concernant les pays en développement (art. V*bis*, *ter* et *quater*).

La protection spéciale prévue par la Convention universelle sur le droit d'auteur est donc encore moins à même que les garanties minimales beaucoup plus élevées de la Convention de Berne d'empêcher que l'écart ne se creuse entre les niveaux de protection accordés par les divers Etats contractants. Pour traiter le problème naissant du manque croissant de réciprocité matérielle dans le domaine de la protection internationale des droits d'auteur, qui tient à l'inégalité et à la grande diversité des réactions des législations nationales devant les difficultés suscitées par les formes d'utilisation des oeuvres faisant appel à des techniques nouvelles, il faudrait étudier plus en profondeur que par le passé les possibilités offertes par une approche fondée sur le droit international privé.

(Traduction de l'OMPI)

## Le droit international privé et la Convention de Berne

Georges KOUMANTOS\*

### I. Introduction

Les raisons pour lesquelles les problèmes de droit international privé acquièrent une importance toute particulière dans le domaine du droit d'auteur sont évidentes. A cause de son caractère immatériel, l'objet de ce droit dépasse les possibilités de déplacements transfrontaliers, communes à tous les objets meubles; il peut être exploité simultanément, d'une façon ou d'une autre, légalement ou illégalement, dans une multitude de pays. C'est plus qu'une mobilité extrême, c'est une véritable *ubiquité*<sup>1</sup>.

Cette *dimension internationale* du droit d'auteur est accrue du fait que les oeuvres protégées maintiennent un rapport juridique avec la personne qui les a créées, même après l'aliénation du droit sur l'oeuvre ou sur l'objet matériel sur lequel l'oeuvre est fixée. En plus, les contrats par lesquels est réalisée l'exploitation de l'oeuvre peuvent couvrir plusieurs pays.

Cet état des choses pose de manière impérative le problème du droit qui doit être appliqué lorsqu'un tribunal est appelé à statuer sur des questions qui relèvent du droit d'auteur et qui se trouvent en rapport avec plusieurs ordres juridiques<sup>2</sup>. Il s'agit de choisir le point de rattachement qui serait accepté comme déterminant le *droit applicable*, soit de façon unitaire à l'ensemble de ces questions, soit en réservant un traitement diversifié pour chacune d'elles.

Les *points de rattachement* parmi lesquels il faut choisir sont indiqués par la nature des choses, telle qu'elle est élaborée par la théorie du droit international privé : nationalité, lieu du for, lieu du délit, lieu de la conclusion du contrat, etc. A ces points de rattachement habituels vient s'en ajouter un autre, créé pour les besoins du droit d'auteur, à savoir une sorte de "nationalité de l'oeuvre" qui est celle de son pays d'origine (voir ci-dessous III.2).

La dimension internationale, particulière au droit d'auteur, a conduit à l'adoption de différentes conventions internationales, notamment la Convention de Berne. Cette convention semble réduire l'importance des problèmes de conflit des lois puisque, d'une part, elle prévoit l'assimilation des étrangers aux nationaux et, d'autre part, elle établit des règles de protection minimale applicables à tous les auteurs ou à toutes les oeuvres qui jouissent de sa protection.

Mais cette *réduction* du rôle du droit international privé dans les pays de l'Union de Berne n'est qu'*apparente*, puisque l'application de la convention elle-même dépend de certaines règles de conflit et, en plus, par son application peut entrer en jeu un système de renvois, où les règles de conflit déterminent la loi finalement applicable<sup>3</sup>. C'est dans cette optique que la Convention de Berne contient également certaines règles de conflit des lois. Ces règles doivent, selon les cas, soit avoir le pas sur les règles analogues des pays de l'Union, soit être appliquées parallèlement à elles. De toute façon, les règles de conflit de chaque pays gardent leur importance dans la mesure où la convention ne résoud pas tous les problèmes de droit applicable ou se contente de renvoyer aux règles nationales de conflit. En plus, un certain nombre de pays, et non des moins importants, restent étrangers à la convention<sup>4</sup>.

Il est difficile de parler de "système" au sujet des règles de droit international privé de la Convention de Berne, puisque ce qui caractérise ces règles c'est leur *aspect fragmentaire*. C'est précisément cet aspect fragmentaire qui rend nécessaire leur examen plus approfondi, en vue d'essayer d'établir une cohérence qui n'est pas apparente à première vue. Mais avant cet examen du droit international privé de la Convention de Berne (sous III), il convient de rappeler certaines notions générales de ce droit qui sont souvent oubliées, précisément en matière de droit d'auteur<sup>5</sup> (sous II).

\* Professeur à l'Université d'Athènes, Grèce.

<sup>1</sup> Lipszyc, "La protección de la obra extranjera y los convenios internacionales", in *Congreso internacional sobre la protección de los derechos intelectuales ... a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, 23-26 juillet 1986, p. 51.

<sup>2</sup> Pour des indications bibliographiques sur l'ensemble du problème, voir Koumantos, "Sur le droit international privé du droit d'auteur", in *Il Diritto di Autore*, vol. L/1979, n° 1, p. 616.

<sup>3</sup> Voir aussi Koumantos, *op. cit.*, p. 617-618.

<sup>4</sup> Batiffol, Lagarde, *Droit international privé*, 6<sup>e</sup> édition, tome 2, Paris, 1976, n° 529. Cf. Nimmer, "Who is the Copyright Owner When Laws Conflict?" in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil* (GRUR Int.), 1973, (Festschrift Ulmer), p. 302-306.

<sup>5</sup> Voir à ce sujet Koumantos, *op. cit.*, p. 618-619.

## II. Rappel de quelques notions de droit international privé

### 1. Conflit des lois, condition des étrangers et compétence internationale

Il est, tout d'abord, utile de rappeler la distinction entre trois catégories de règles qui sont d'habitude comprises dans le terme général de "droit international privé". Le noyau principal du droit international privé est constitué par des règles qui existent plus ou moins dans chaque législation nationale et qui déterminent le droit applicable à chaque rapport juridique ou, pour être plus précis, qui indiquent quel est le point de rattachement d'un rapport juridique à un certain pays, qui doit déterminer le droit applicable. Pour cette partie du droit international privé, le terme "*règles de conflit des lois*" est souvent utilisé. Ces règles sont toujours des règles du for, donc des règles nationales<sup>6</sup>, et elles appartiennent plutôt au droit public puisqu'elles ne règlent pas un rapport juridique entre des personnes égales mais elles ordonnent au juge le choix du droit qu'il doit appliquer. Ainsi on peut dire que le droit international privé n'est, au fond, ni international ni privé.

A côté des règles de conflit des lois, chaque législation contient aussi des règles sur le *régime juridique des étrangers*. Ces règles déterminent les droits que les personnes ne ressortissant pas à un pays peuvent exercer et faire protéger dans le territoire de ce pays ainsi que les obligations particulières qui peuvent incomber à ces personnes. Il est vrai que souvent les droits reconnus et les obligations imposées à un étranger sont régis par la loi du for. Néanmoins, les deux questions doivent en principe être distinguées : reconnaître le droit d'un étranger ne préjuge pas de la loi applicable à ce droit<sup>7</sup> — et il en est de même des obligations. Les règles de conflit des lois entrent en jeu après les règles sur la condition des étrangers<sup>8</sup>.

Des règles spéciales déterminent, dans chaque pays, la *compétence internationale* de ses tribunaux<sup>9</sup>. Ces règles sont des règles de procédure, de

caractère également national et public. Elles ont, le plus souvent, recours à des critères comme le domicile ou la résidence habituelle ou l'existence dans le pays d'un patrimoine du défendeur. L'application de ces règles précède l'application des règles sur la condition des étrangers et sur le conflit des lois : les tribunaux doivent d'abord statuer sur leur compétence internationale, ensuite (si un étranger est impliqué dans l'affaire) sur la capacité de l'étranger de jouir d'un droit ou de se voir imposer une obligation, enfin sur le droit applicable — et tout ceci avant d'examiner l'affaire à fond et d'appliquer le droit matériel.

### 2. Un problème de droit positif

Les règles de droit international privé ne diffèrent en rien des autres règles de droit en ce qui concerne leur caractère positif. Dans tous les cas, celui qui interprète ou qui applique le droit doit chercher quelles sont les *règles en vigueur*. Dans certains systèmes juridiques, cette recherche sera principalement orientée vers des textes législatifs, dans d'autres vers des précédents judiciaires, mais toujours le droit positif sera considéré comme une entité objective, indépendante des préférences de celui qui l'interprète ou l'applique.

S'il est nécessaire de rappeler cette vérité évidente, c'est que souvent elle est oubliée dans l'application du droit international privé au droit d'auteur. Le principe du caractère positif du droit est écarté en faveur de considérations d'opportunité qui n'auraient leur place que dans un examen *de lege ferenda*<sup>10</sup>. Ces considérations d'opportunité conduisent à la formulation de certains principes plus ou moins arbitraires d'où sont déduites les solutions comme si ces principes pouvaient tenir lieu de règles de droit positif. L'exemple le plus caractéristique d'un principe ainsi construit et utilisé est le soi-disant "principe de territorialité" (voir ci-dessous II.3).

Ce phénomène s'explique en partie par les nombreuses lacunes du droit positif dans ce domaine. Mais cette méthode ne saurait être appliquée que dans le cadre des règles en vigueur : c'est seulement dans l'*élaboration interprétative* de ces règles (par exemple, leur application extensive ou restrictive, l'application par analogie ou l'argument *a contrario*) que les considérations d'opportunité devraient être admises. Le droit international privé du droit d'auteur, national ou conventionnel, ne peut avoir d'autre point de départ que des règles de droit positif.

<sup>6</sup> Quelques exemples de règles de conflit, nationales par essence, concernant le droit d'auteur, sont donnés par Koumantos, *op. cit.*, p. 625-631.

<sup>7</sup> Cette distinction n'est pas faite par Windisch, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im zwischenstaatlichen Bereich*, Berlin, 1969, p. 107.

<sup>8</sup> Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle (BIRPI), "La condition civile des étrangers et les conflits de lois en matière de propriété littéraire et artistique", in *Le Droit d'Auteur*, 1937, p. 85.

<sup>9</sup> Cf. Spoendlin, "La protection internationale de l'auteur", in *Association littéraire et artistique internationale (ALAI). Congrès du Centenaire de la Convention de Berne — 8 au 12 septembre 1986*, Berne, 1987.

<sup>10</sup> Voir comme exemple l'ouvrage d'Ulmer, *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht: Rechtsvergleichende Untersuchung mit Vorschlägen für die Vereinheitlichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Cologne, 1975.

### 3. Le soi-disant "principe de territorialité"

Il fut un temps où le droit d'auteur était accordé par des actes qu'on appellerait aujourd'hui administratifs et consistait au "privilege" d'exploiter une oeuvre. Cette situation, déjà largement dépassée au 18<sup>e</sup> siècle, avait comme conséquence nécessaire que le droit d'auteur avait la même portée que tous les actes administratifs d'un Etat, à savoir le territoire de cet Etat. Ce régime subsiste aujourd'hui généralement pour les brevets et les marques, puisque les droits qui s'y rapportent sont accordés par des actes administratifs<sup>11</sup>.

C'est ainsi que naquit l'idée très répandue que les droits de propriété intellectuelle sont régis par le "principe de territorialité"<sup>12</sup>. Déjà l'historique de ce principe indique clairement que le droit d'auteur lui échappe, puisque il n'est plus attribué par un acte administratif mais par une règle générale du droit qui fait que le droit d'auteur prend naissance automatiquement dès que sont remplies les conditions de son existence.

Mais le principe de territorialité se détruit soi-même par son *ambiguïté totale*<sup>13</sup>. Il serait en effet intéressant mais très difficile d'établir une liste complète de tous les contenus, avec leurs variantes, qui ont été attribués à la notion de territorialité. On partirait de l'acception la plus neutre, qui consiste-

rait à comprendre la territorialité comme le rattachement à un territoire (y compris, éventuellement, le pays de la première publication ou le pays du délit) opposé au rattachement à une personne (statut personnel) pour arriver au refus de toute protection des auteurs étrangers et des oeuvres étrangères ou contre des violations effectuées à l'étranger, en passant par l'application générale de la loi du for même aux faits qui se sont réalisés à l'étranger<sup>14</sup>. Il faut bien reconnaître qu'une notion se prêtant à tant d'interprétations différentes, voire même contradictoires, ne saurait être utile.

La construction la plus cohérente du "principe de territorialité" est celle qui admet que le droit d'auteur *existe séparément* dans chaque pays dans la mesure où chaque pays le reconnaît. Au niveau international il y aurait donc autant de droits d'auteur qu'il y a de pays où ce droit peut être exploité, faire l'objet d'une atteinte ou être protégé (*leges rerum sitarum*)<sup>15</sup>. Cette conception conduirait à une application stricte de la loi du for qui ignore le droit d'auteur acquis ou lésé à l'étranger. Il est fort douteux qu'une telle conception puisse trouver un fondement légal dans les législations nationales. Mais il paraît certain qu'elle est étrangère à la lettre et contraire à l'esprit de la Convention de Berne<sup>16</sup>.

L'ambiguïté de la notion de territorialité n'est pas étrangère au fait que cette notion est *dépourvue*

<sup>11</sup> Koumantos, *op. cit.*, p. 623, avec indications bibliographiques; Cigoj, *Internationalprivatrechtliche Aspekte der Urheberrechte* (Festschrift Firsching), Munich, 1985, p. 53; Erlanger ("Du conflit de lois en matière de droit d'auteur", in *Nouvelle revue de droit international privé*, vol. IV/1937, p. 303) admet cette différence entre le droit d'auteur et la propriété industrielle mais pense que, par rapport au droit applicable, "la situation est exactement la même".

<sup>12</sup> En faveur de ce principe notamment, BIRPI, *op. cit.*, p. 99; Plaisant, *Les règles de conflit des lois dans les traités*, Paris, 1946, p. 157-159; Troller, *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Bâle, 1952 (et autres publications ultérieures indiquées par Koumantos, *op. cit.*, p. 616, n° 1 où sont également mentionnés d'autres auteurs admettant ce principe); Ulmer, *op. cit.*; Kunz, "Quelques problèmes posés par les conflits des lois dans le domaine des contrats relatifs au droit d'auteur," in *Travaux de droit comparé*, n° 2, édités par l'Institut des sciences juridiques de l'Académie tchécoslovaque des sciences, Section de droit comparé et de droit international privé, Prague, 1970, p. 26-28.

<sup>13</sup> Schack, *Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalen Privatrecht* (Diss. Cologne), Berlin, 1979, p. 20; Sch-norr von Carolsfeld, "Zum internationalen Urheberrecht ausserhalb der Konventionen", in *Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht* (UFITA), vol. 37/1962, p. 284-285. La territorialité a été appelée "un Protée louche", cf. Beier, "Territorialität des Markenrechts und internationaler Wirtschaftsverkehr", in *GRUR Int.* 1986, p. 12. Voir aussi Aubry, "De la notion de territorialité en droit international privé", in *Journal du droit international privé*, publié par Clunet, 1900, p. 689 et suiv.; 1901, p. 253 et suiv.; 1902, p. 209 et suiv.

<sup>14</sup> Voir Koumantos, *op. cit.*, p. 619-620; Schack, *op. cit.*, p. 21-22; Nordemann, Vinck, Hertin (*Droit d'auteur international et droits voisins dans les pays de langue allemande et les Etats membres de la Communauté européenne*, commentaire, traduit de l'allemand par J. Tournier, Bruxelles, 1983, remarque 1 sous les articles 2/2bis) vont jusqu'à considérer comme une application du principe de territorialité le simple renvoi à la législation du pays d'origine de l'oeuvre. Spoendlin (*op. cit.*, p. 12) considère comme contenu du principe de territorialité l'application de la loi du pays pour lequel la protection est demandée (pratiquement : la *lex loci delicti*). France Deby-Gérard (*Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, thèse, Paris, 1972, n°s 14-18), après des développements particulièrement approfondis, arrive à la conclusion que la territorialité n'est qu'une invocation camouflée de l'ordre public. L'image de l'ambiguïté est manifeste dans Louis-Lucas, "L'impérieuse territorialité du droit", in *Revue critique*, 1935, p. 637-638, 643-644, 647-648, 652-653, 666, et Cigoj, *op. cit.*, p. 58-61. Voir aussi Keller, Schlup, Troller, Schaetzle, Wilms, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Internationalen Privatrecht und in verwandten Rechtsgebieten*, Zurich, 1982, p. 2-5, 69-78, 78-88, 95, 126-127, 331-332, où les incertitudes des règles dans les règles de la jurisprudence de la Cour fédérale suisse. Les distinctions proposées par Ghiron ("La disciplina delle opere dell'ingegno nel diritto internazionale privato", in *Il Diritto di Autore*, vol. II/1931) sont peu convaincantes.

<sup>15</sup> BIRPI, *op. cit.*, p. 99; Plaisant, *op. cit.*, p. 191-198, 198-200; Erlanger, *op. cit.*, p. 303; Kunz, *op. cit.*, p. 40-42.

<sup>16</sup> Voir aussi les critiques de Drobnig, *Originärer Erwerb und Uebertragung von Immaterialgüterrechten im Kollisionsrecht*, RabelsZ, 1976, p. 197.

de fondement légal<sup>17</sup>. Avant d'arriver à la reconnaissance d'un principe, il faudrait indiquer les dispositions dont ce principe est censé découler. Une telle indication fait défaut et elle ne saurait être remplacée ni par l'invocation de la souveraineté des Etats<sup>18</sup> ni par des arguments de politique législative tendant à prouver qu'il serait opportun qu'un tel principe existe.

#### 4. Règles unilatérales et bilatérales

Lorsqu'un rapport juridique se trouve être en contact, par différents points de rattachement, à plusieurs pays, une règle de droit doit indiquer au juge le pays (ou les pays) dont la loi matérielle doit régir le rapport en question. Les règles de conflit qui permettent de résoudre complètement le problème du droit applicable sont caractérisées comme des règles *bilatérales* ou *complètes*<sup>19</sup>.

Mais toutes les règles de conflit des lois n'ont pas ce caractère. Il arrive — et, autrefois, cette méthode était la plus répandue — que le législateur national de droit international privé se contente de prescrire dans quels cas la loi matérielle nationale doit être appliquée. Le législateur national détermine ainsi le champ d'application de ses propres lois matérielles et se désintéresse de l'application des lois matérielles étrangères. Cette méthode conduit à l'adoption de règles de conflit *unilatérales* ou *incomplètes*.

Il est évident que les règles de cette dernière catégorie laissent subsister des lacunes importantes quant à la détermination du droit étranger applicable. En effet, en déterminant le champ d'application de la loi nationale, les règles de conflit unilatérales indiquent que, en dehors des limites prescrites, un droit étranger doit être appliqué mais elles n'indiquent pas lequel. Cette lacune peut être comblée par une *interprétation bilatérale des règles uni-*

*latérales*<sup>20</sup>. Lorsque le législateur national indique que le droit national doit être appliqué à certains rapports juridiques ayant des dimensions internationales, il le fait en attribuant un rôle décisif à un certain point de rattachement. Par exemple : lorsqu'il dit que la loi nationale doit être appliquée aux droits sur les biens qui se trouvent sur son territoire ou que cette loi s'applique à ses ressortissants, il attribue un rôle décisif à la situation du bien ou à la nationalité de la personne. Cette préférence du législateur national pour un point de rattachement peut et doit être généralisée : si, par exemple, la situation du bien dans tel cas ou la nationalité dans tel autre déterminent l'application du droit national, elles peuvent et doivent déterminer également le droit applicable en général, c'est-à-dire servir de point de rattachement conduisant à d'autres ordres juridiques. Cette "bilateralisation" des règles unilatérales de conflit des lois, appliquée au droit international privé du droit d'auteur, permet d'aboutir à des solutions sans s'écarter du droit positif<sup>21</sup>.

### III. La Convention de Berne

#### 1. Généralités

Il est généralement admis que la Convention de Berne utilise *deux méthodes* pour arriver à son but qui est, selon son préambule, "de protéger d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs oeuvres littéraires et artistiques". Ces deux méthodes, généralement admises, sont *a)* l'assimilation, dans chaque pays de l'Union de Berne, des auteurs étrangers aux auteurs nationaux (principe d'assimilation) et *b)* l'établissement d'une protection minimale qui doit être accordée par tous les pays de l'Union aux auteurs protégés par la convention si l'assimilation n'aboutit qu'à une protection inférieure à celle prévue comme minimum par la convention (*jus conventionis*). Avant de formuler quelques remarques, du point de vue du droit international privé, sur les méthodes utilisées par la convention, il serait indiqué d'en *mentionner une troisième*<sup>22</sup> : la convention contient aussi un certain nombre de

<sup>17</sup> Schack, *op. cit.*, p. 19, n° 11. Il est souvent admis que le principe de territorialité est consacré par la Convention de Berne, par exemple Erlanger, *op. cit.*, p. 304, mais sans indication précise du texte qui servirait de fondement à cette théorie. Il a été aussi soutenu que la territorialité est une conséquence de la nature juridique du droit d'auteur, qui constitue un monopole mettant en cause la souveraineté de l'Etat; Plaisant, *op. cit.*, p. 150-151; déjà BIRPI, *op. cit.*, p. 99, où il est dit que le droit d'auteur n'est pas un droit naturel mais une "création légale et artificielle".

<sup>18</sup> Il a été remarqué à juste titre que la souveraineté de l'Etat peut être comprise tant par rapport à un territoire que par rapport aux personnes qui sont des ressortissants de cet Etat, voir Korkisch, *Der Staatsangehörigkeitsgrundsatz im Kollisionsrecht* (Festschrift Dölle), vol. II, Tübingen, 1963, p. 88. Dans ce dernier sens, la souveraineté conduit au principe de nationalité.

<sup>19</sup> Raape, Sturm, *Internationales Privatrecht*, 6<sup>e</sup> édition, tome I, Munich, 1977, p. 94 et suiv.; Kegel, *Internationales Privatrecht*, 5<sup>e</sup> édition, Munich, 1985, p. 170.

<sup>20</sup> Raape, Sturm, *op. cit.*, p. 94 et suiv.; Kegel, *op. cit.*, p. 170; Batiffol, Lagarde, *op. cit.*, tome I, n° 250; Cigol, *op. cit.*, p. 73.

<sup>21</sup> Voir des applications de cette méthode, Koumantos, *op. cit.*, p. 625-631; Koumantos, *Problèmes de protection internationale du droit d'auteur* (en grec) (Mélanges en l'honneur de G. Maridakis), tome III, 1964, p. 91-118.

<sup>22</sup> Plaisant, *op. cit.*, p. 154; Lipszyc, *op. cit.*, p. 60-61, 66; d'un avis contraire, Neuhaus, *Freiheit und Gleichheit im internationalen Immaterialgüterrecht*, RabelsZ, 1976, p. 193.

règles directement destinées à résoudre des problèmes de conflit des lois et dont la portée fera l'objet d'un examen plus approfondi<sup>22a</sup>.

Les règles énoncées pour l'application de ces trois méthodes relèvent en principe de la *condition des étrangers* puisque l'ensemble de la Convention de Berne est destiné à protéger, dans chaque pays, les auteurs étrangers par rapport à ce pays<sup>23</sup>. Mais la convention s'écarte, dans quelques cas, de ce critère de la nationalité de l'auteur pour prendre en considération ce qui fut appelé la nationalité de l'oeuvre. Aussi quelques remarques s'imposent au sujet du caractère spécifique de chacune des méthodes de protection adoptées par la convention :

a) *Le principe d'assimilation* relève, par définition, de la condition des étrangers puisque c'est eux qui sont assimilés aux nationaux. Cependant, ce principe d'assimilation peut, dans certains cas, curieusement jouer en faveur de nationaux : la convention impose à tous les pays, à l'exception du pays d'origine de l'oeuvre, d'accorder le traitement national à tous les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union<sup>24</sup>; une législation nationale qui contiendrait une discrimination au détriment d'un auteur national pour une oeuvre publiée dans un autre pays de l'Union serait contraire à la convention<sup>25</sup>. C'est une question différente de savoir si ce même principe d'assimilation contient aussi une règle de conflit<sup>26</sup> : la réponse sera positive si le principe est interprété comme indiquant que, à ces étrangers assimilés aux nationaux, c'est toujours la loi du for qui doit être appliquée; par contre, la réponse sera négative s'il est admis que le principe d'assimilation impose une assimilation complète et, par conséquent, que le droit applicable à ces étrangers sera déterminé par les règles de conflit du for, comme il l'est pour les nationaux (voir ci-dessous III.7).

b) *La protection jure conventionis* relève également de la condition des étrangers, mais elle aussi peut jouer en faveur d'un auteur national : si la législation de son pays lui refusait le *jus conventionis* parce qu'il aurait publié son oeuvre pour la pre-

mière fois dans un autre pays de l'Union, elle serait contraire à la convention<sup>27</sup>. Ceci dit, aucune règle de conflit n'est ici impliquée; les auteurs étrangers et les oeuvres étrangères jouissent simplement d'une deuxième ligne de défense : la protection minimale directement accordée par la convention si la protection obtenue par l'assimilation lui est inférieure<sup>28</sup>.

c) *Les règles de conflit des lois* contenues dans la convention auraient aussi pu être des règles sur la condition des étrangers. Tel serait le cas si ces règles ne prévoyaient leur application qu'aux étrangers pour déterminer le droit qui leur est applicable, dans les cas envisagés par ces règles. En fait, ces règles de conflit semblent aller plus loin puisqu'elles déterminent le droit applicable même dans des cas où tout élément donnant le caractère d'"étranger" par rapport au for fait défaut. Ce point, d'habitude méconnu, peut avoir une grande importance, même si celle-ci est mitigée par l'acceptation du renvoi (voir ci-dessous III.7).

Il convient d'ajouter que la Convention de Berne n'a pas essayé de résoudre de façon systématique les problèmes de conflit des lois et, d'ailleurs, il lui serait impossible de le faire. Une *approche empirique et fragmentaire*<sup>29</sup> était inévitable pour une convention internationale se trouvant en évolution continue et devant ménager des intérêts et des conceptions contraires. Cette approche est manifeste non seulement dans les règles matérielles mais aussi et surtout dans les règles de droit international privé. Cependant, à partir d'un certain nombre de telles règles, il devient nécessaire que l'interprète essaie d'établir un système pour apporter de l'ordre et permettre une application plus cohérente et une évolution future plus consciente des données du problème.

## 2. L'origine ou "nationalité" de l'oeuvre

Non seulement les personnes mais également les oeuvres semblent avoir un rapport particulier avec un certain pays. Ce rapport, qui existe malgré l'ubiquité de l'oeuvre (voir ci-dessus I) et indépendamment de toute exploitation de celle-ci et de toute atteinte contre les droits sur elle, présente des analogies avec le rapport entre les personnes et le pays dont elles ressortissent. On peut parler, bien que sans exactitude juridique, d'une *nationalité de l'oeuvre*.

<sup>22a</sup> La question de l'applicabilité directe n'est pas examinée dans la présente étude. D'ailleurs, cette question ne saurait être examinée que dans le cadre des dispositions constitutionnelles de chaque pays, puisque c'est seulement sur la base de ces dispositions qu'une réponse peut être donnée.

<sup>23</sup> Bappert, Wagner, *Internationales Urheberrecht, Kommentar*, Munich et Berlin, 1956, Einl. 4.

<sup>24</sup> Windisch, *op. cit.*, p. 105-106. Pour une analyse détaillée de ce principe, voir Khadjavi, Gontard, "Der Grundsatz der Inländerbehandlung im internationalen Urheberrecht", in UFITA 1977, vol. 55.

<sup>25</sup> Voir cependant Nordemann, Vinck, Hertin, *op. cit.*, remarque 3 sous art. 5.

<sup>26</sup> Schack, *op. cit.*, p. 28.

<sup>27</sup> Le principe d'assimilation prévu par la Convention de Berne ne laisse, en cette matière, aucun champ d'application à l'article 7 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne.

<sup>28</sup> Plaisant, *op. cit.*, p. 188-190.

<sup>29</sup> Koumantos, *op. cit.*, p. 634-635.

Le lien particulier d'une oeuvre avec un pays, lien connu depuis longtemps dans les législations nationales, est repris par la Convention de Berne. Le terme que celle-ci utilise pour indiquer le pays avec lequel existe ce lien particulier est "*pays d'origine de l'oeuvre*". Cette notion apparaît dans plusieurs dispositions de la convention (art. 2, 5, 7, 18), mais son importance pour la détermination du droit applicable est sujette à discussion (voir ci-dessous III.5).

La Convention de Berne donne une *définition* très précise et très détaillée du pays d'origine (art. 5.4)). Pour les besoins de la présente étude, on peut ignorer les détails (publication simultanée, oeuvres cinématographiques, oeuvres d'architecture, etc.) et se limiter aux deux principales lignes directrices de cette définition : le pays d'origine des oeuvres publiées dans un pays de l'Union est ce pays; le pays d'origine des oeuvres non publiées ou publiées pour la première fois en dehors de l'Union est le pays de la nationalité de l'auteur. Dans le premier cas, le pays d'origine est déterminé par un élément réel, dans le deuxième cas, par un élément personnel<sup>30</sup>.

L'application de la définition du pays d'origine, donnée par la convention, rend nécessaire une définition de la *notion de publication*. Une telle définition est contenue dans l'article 3.3) de la convention qui considère comme "oeuvres publiées" seulement celles qui ont été éditées, avec le consentement de leur auteur, dans un nombre d'exemplaires satisfaisant les besoins raisonnables du public. Il s'agit d'une définition étroite<sup>31</sup> qui exclut de la notion de publication tous les moyens de rendre une oeuvre accessible au public sans fabrication d'exemplaires (par exemple, par une exposition ou une exécution publique).

La question qui se pose par rapport au droit

international privé<sup>32</sup> est de savoir si cette définition étroite est valable seulement pour la détermination du champ d'application de la convention (art. 3 et 4) ou si, au contraire, elle doit être *respectée dans tous les cas* où la convention se réfère au pays d'origine d'une oeuvre et ainsi, indirectement, au pays de sa première publication. Il semble indiqué d'admettre la seconde alternative et ceci, non seulement parce que le texte de Stockholm et de Paris a éliminé la limitation de la portée de la définition (qui se trouvait expressément dans le texte de Bruxelles à l'article 4.4)), mais aussi parce que la détermination du champ d'application de la convention est tellement liée aux autres questions, où il est fait référence au pays d'origine, qu'il serait inopportun d'attribuer à la même notion des contenus différents pour chacune de ces deux catégories de matières. D'ailleurs, l'étroitesse de la définition n'a qu'une importance limitée puisque, après la révision de Stockholm et de Paris, tous les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union sont maintenant protégés par la convention, indépendamment de la publication de leur oeuvre<sup>33</sup>.

### 3. Les points de rattachement

Très souvent, la Convention de Berne prévoit l'application d'un droit national pour la réglementation d'un rapport juridique ou d'un point particulier d'un tel rapport tombant dans son champ d'application. Pour indiquer le droit applicable, elle utilise des *points de rattachement variés*<sup>34</sup>.

#### a) L'origine de l'oeuvre

L'origine de l'oeuvre, déterminée par sa première publication ou par la nationalité de son auteur (voir ci-dessus III.2), est l'un des points de rattachement utilisés par la convention. La loi du

<sup>30</sup> Selon le *Guide de la Convention de Berne* de l'OMPI (Masouyé, C.), 1978, p. 38-40, un rapport de subsidiarité existe entre le premier et le deuxième critère. Voir aussi des précisions intéressantes sur la notion de "pays d'origine" apportées par Ulmer, "Anknüpfungspunkte und Ursprungsland im System der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst", in Wahl, Serick, Niederländer, *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1967, p. 61-64.

<sup>31</sup> Sur les problèmes soulevés par la définition de la notion de publication dans la Convention de Berne (texte de Bruxelles), voir Koumantos, "La notion de publication dans la Convention de Berne", in *Revue internationale du droit d'auteur* (RIDA), 1964, vol. XIV, p. 5-51. Pour une analyse de cette notion dans certains droits nationaux et certaines conventions internationales, voir Sylviane Durrande, *La détermination du pays d'origine de l'oeuvre en droit international privé* (thèse), Paris, 1980, p. 244-510.

<sup>32</sup> Un problème se pose en cas de publications considérées comme simultanées; dans ce cas, il faudrait peut-être adopter le point de rattachement créé par la publication qui est effectivement la première. D'autres points sont proposés par Desbois, *Les droits d'auteur et le droit international privé français* (Mélanges en l'honneur de G. Maridakis), tome III, Athènes, 1964, p. 44-45.

<sup>33</sup> Ceci ne préjuge en rien du contenu que devrait avoir la notion de publication lorsqu'elle est utilisée par les législations nationales soit dans des règles de droit matériel soit dans des règles de conflit, voir Koumantos, *op. cit.*, p. 632-633. La définition de la notion de publication par la Convention de Berne n'a pas de contenu normatif pour qu'elle doive être respectée par les pays de l'Union en dehors du contexte de la convention.

<sup>34</sup> Sur l'éventualité d'une modification dans ces éléments de rattachement et sur les problèmes qui en découlent, voir Katzenberger, "Wechsel der Anknüpfungspunkte im deutschen und internationalen Urheberrecht", in *GRUR Int.* 1973 (Festschrift Ulmer), p. 274-280.



pays d'origine de l'oeuvre est ainsi appliquée, dans plusieurs cas, pour *apporter des limitations* à la protection normalement exigée dans un autre pays. Ainsi, une oeuvre qui, dans un pays de l'Union et selon les critères en vigueur dans ce pays, aurait pu être protégée comme une oeuvre d'art, n'y est protégée que comme dessin ou modèle, si telle est la protection à laquelle elle aurait droit dans son pays d'origine (art. 2.7), deuxième phrase); une oeuvre qui, dans son pays d'origine, est soumise à un traitement spécial parce que le pays de la nationalité de son auteur ne protège pas suffisamment les oeuvres des auteurs ressortissant audit pays d'origine, ne peut pas revendiquer une protection plus large dans les autres pays de l'Union (art. 6.1), deuxième phrase); sauf disposition contraire, la durée de la protection d'une oeuvre dans les pays de l'Union n'excédera pas la durée de sa protection dans son pays d'origine (art. 7.8))<sup>35</sup>.

La loi du pays d'origine devait également être appliquée pour *délimiter la rétroactivité* de l'application de la convention : celle-ci ne s'applique pas aux oeuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, étaient déjà "tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de la protection" (art. 18.1)).

En dehors de ces cas d'application de la loi du pays d'origine, le pays d'origine de l'oeuvre sert à déterminer le *champ d'application de la convention* (art. 3.1)b) et 4)b), art. 5.1) et 3)). Si cette dernière utilisation de la notion du pays d'origine n'est pas contenue dans une règle de conflit entre des droits nationaux, elle est cependant contenue dans une règle de conflit entre les droits nationaux, d'une part, et la convention, d'autre part.

Mais il y a plus : par une règle qui semble dépasse son champ d'application, la convention dispose non seulement qu'elle ne s'applique pas au pays d'origine de l'oeuvre (art. 5.1)) mais, en plus, quelle est la loi qui doit être appliquée dans ce pays, à savoir sa législation nationale (art. 5.3)). Ces deux règles pourraient avoir une *portée plus générale* sur laquelle il faudra revenir (voir ci-dessous III.5b).

#### b) La nationalité de l'auteur

Outre le fait qu'il constitue l'un des éléments déterminant l'origine de l'oeuvre (voir ci-dessus

III.2), la nationalité est, dans quelques cas spéciaux, utilisée par la convention pour indiquer le rattachement à un droit et permettre ainsi l'application de certaines règles. Dans ces cas, la nationalité de l'auteur joue un rôle indépendant et décisif, même s'il s'agit d'une oeuvre publiée dans un pays de l'Union (et, donc, ayant ce pays comme pays d'origine).

Le statut personnel de l'auteur<sup>36</sup> est utilisé seul pour déterminer la *possibilité d'un traitement spécial* comme mesure de rétorsion : si le pays de la nationalité de l'auteur ne protège pas suffisamment les oeuvres des auteurs ressortissant au pays d'origine de l'oeuvre, ce dernier pays peut restreindre la protection accordée aux oeuvres des ressortissants du premier pays (art. 6.1), première phrase; pour les répercussions d'une telle restriction aux autres pays voir art. 6.1), deuxième phrase, et ci-dessus III.3a)<sup>37</sup>.

C'est encore le statut personnel de l'auteur qui est appliqué pour régler une des *conditions du droit de suite* : pour que ce droit puisse être revendiqué dans un des pays de l'Union, il faut, entre autres choses, qu'il soit reconnu par la loi nationale de l'auteur (art. 14<sup>ter</sup>.2)). C'est également la loi nationale de l'auteur qui indique les personnes ou les institutions jouissant de ce droit après la mort de l'auteur (art. 14<sup>ter</sup>.1))<sup>38</sup>.

Enfin, le droit de la nationalité de l'auteur (présumé) est appelé à désigner "l'autorité compétente représentant [l']auteur et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci" lorsqu'il s'agit d'une *oeuvre non publiée* d'un auteur inconnu mais supposé être ressortissant d'un pays de l'Union (art. 15.4)a))

#### c) La résidence habituelle de l'auteur ou le siège des titulaires

Ce point de rattachement est, dans certains cas, utilisé, à titre subsidiaire, à la place de la nationalité de l'auteur (art. 3.2), 4, 6.1)) pour déterminer le champ d'application de la convention ou la possibilité de mesures de rétorsion. Dans ces cas, il

<sup>35</sup> Ce rattachement au pays d'origine est considéré par Plaisant (*op. cit.*, p. 225-226) comme introduisant une exception à la règle qui est le principe de territorialité. Spoenclin (*op. cit.*, p. 96-97) refuse de voir une règle de conflit dans les règles qui établissent une possibilité de rétorsion; cependant, il faut reconnaître que la mesure de rétorsion n'est autorisée qu'après le rattachement de l'oeuvre à un ordre juridique qui ne remplit pas certaines conditions et que ce jugement implique l'application d'une certaine loi.

<sup>36</sup> "Statut personnel" a le même sens que "loi nationale de l'auteur", c'est-à-dire la législation du pays dont l'auteur a la nationalité. Il est curieux que Nordemann, Vinck, Hertin (*op. cit.*, remarque 3 sous art. 14<sup>ter</sup>) considèrent que par "législation nationale de l'auteur" il faut entendre "celle du pays d'origine de l'oeuvre".

<sup>37</sup> Cf. Nordemann, Vinck, Hertin (*op. cit.*, remarque 8 sous art. 5) pour le manque d'importance pratique de ces dispositions.

<sup>38</sup> Ce même article 14<sup>ter</sup> parle de la législation nationale également dans son alinéa 3); mais ici il semble qu'il faut comprendre la législation nationale du pays où la protection est demandée (voir III.3d).

joue le même rôle que la nationalité (voir ci-dessus III.3b)<sup>39</sup>.

Dans un autre cas, la résidence habituelle ou le siège déterminera la loi applicable en matière de la *forme du contrat* : un contrat par lequel des auteurs s'engagent à apporter certaines contributions à la réalisation d'une oeuvre cinématographique ne les prive de la possibilité de s'opposer à l'exploitation de cette oeuvre que si la forme prévue pour un tel contrat par la loi du siège ou de la résidence habituelle a été respectée (art. 14<sup>bis</sup>.2)c).

#### d) La demande de protection

Le fait de recourir à la justice pour demander la protection du droit d'auteur est un autre point de rattachement souvent utilisé par la Convention de Berne. Il faut noter que la notion de "pays où la protection est demandée" est ambiguë puisqu'elle peut être interprétée comme se référant soit au pays du for soit au pays du délit. L'interprétation de ce terme fera l'objet d'un paragraphe spécial (voir ci-dessus III.6). Ici, il suffit d'indiquer les nombreux cas où la convention utilise ce point de rattachement pour déterminer le droit applicable.

La demande de la protection est, tout d'abord, utilisée comme point de rattachement dans une série de cas, en vue de l'application de *règles de procédure*. Ainsi, les moyens de recours pour la protection du droit d'auteur en général et du droit moral plus particulièrement (art. 5.2)<sup>40</sup>, 6<sup>bis</sup>.3)), la possibilité de saisie d'enregistrements réalisés en vertu d'une licence non volontaire dans un pays autre que celui qui a établi la licence et, plus généralement, la possibilité de saisie de toute oeuvre contrefaite (art. 13.3), 16) sont réglés par la loi du pays où le moyen de recours est utilisé ou la saisie demandée, c'est-à-dire la loi du pays où la protection est demandée. Il faut ajouter ici que, dans la mesure où il s'agit de règles de procédure, l'application de la loi du for découlerait déjà de règles plus générales, notamment de la souveraineté des Etats

quant à l'administration de la justice sur leur territoire.

Dans un autre cas, c'est l'*existence même d'un certain pouvoir* découlant du droit d'auteur qui dépend de sa reconnaissance par le droit du pays où la protection est demandée. Il en est ainsi du droit de suite qui n'existe dans un pays que s'il est reconnu par sa législation (art. 14<sup>ter</sup>.2)); en plus, ce pouvoir dépend aussi de sa reconnaissance par le statut personnel de l'auteur (voir ci-dessus III.3b).

Dans d'autres cas, l'existence du droit semble présumée, régie par d'autres législations nationales ou par la convention elle-même, mais l'*étendue ou la durée* de sa protection sont réglées par la loi du pays où la protection est demandée. Ainsi, cette loi réglera l'étendue de la protection du droit d'auteur en général (art. 5.2)) sur lequel il y aura lieu de revenir ci-dessus III.5) et, sous réserve de la comparaison des délais (voir ci-dessus III.3a), la durée de ce droit (art. 7.8)). Sur ce dernier point, une disposition transitoire impose également l'application de la loi du pays où la protection est réclamée pour déterminer la fin de la durée de protection éventuellement survenue avant l'entrée en vigueur de la convention (art. 18.2), mais en combinaison avec le principe général qui fait que la durée dépend en premier lieu du pays d'origine, voir ci-dessus III.3a).

La loi du pays où la protection est demandée est appliquée dans deux cas pour déterminer le *titulaire d'un droit* (ou la personne légitimée à l'exercer) : le droit moral, après la mort de l'auteur, est exercé par la personne, physique ou morale, indiquée par cette loi (art. 6<sup>bis</sup>.2); c'est cette loi aussi qui détermine le titulaire du droit d'auteur sur l'oeuvre cinématographique (art. 14<sup>bis</sup>.2)a)).

Enfin, le pays où la protection est réclamée peut imposer la *forme d'un certain contrat* : même si la loi du siège ou de la résidence habituelle n'impose pas le respect d'une forme pour donner un effet particulier au contrat, par lequel des auteurs s'engagent à apporter des contributions à la réalisation d'une oeuvre cinématographique (voir ci-dessus III.3c), une forme écrite peut être imposée par la loi du lieu de protection (art. 14<sup>bis</sup>.2)c)).

#### 4. Les "réserves" et leur territorialité

Souvent, dans la Convention de Berne, la proclamation de la reconnaissance d'un pouvoir découlant du droit d'auteur est accompagnée par la possibilité, accordée aux Etats, d'y *apporter certaines restrictions*. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de "réserves", puisque cette possibilité est accordée de plein droit à tous les Etats sans que ceux-ci aient besoin de déclarer leur volonté d'en faire usage. C'est ainsi que les pays de l'Union ont la possibilité

<sup>39</sup> Ce point de rattachement peut parfois conduire à des conséquences imprévues : a) un auteur étranger à l'Union qui publie pour la première fois son oeuvre dans un pays étranger à l'Union jouit, dans tous les pays de l'Union, de la protection accordée par la convention si, au moment de la publication, il avait sa résidence habituelle dans un pays de l'Union (art. 3.2) en combinaison avec 5.4)a)); b) si le manuscrit d'une oeuvre non publiée créée par un auteur étranger à l'Union mais ayant sa résidence habituelle dans un pays de l'Union y est volé et l'oeuvre est reproduite ou exécutée publiquement dans un pays de l'Union, l'auteur est protégé en vertu de la convention dans tous les pays de l'Union (art. 3.2) en combinaison avec 5.1)), cf. Windisch, *op. cit.*, p. 216.

<sup>40</sup> Sur l'opinion selon laquelle le terme "moyens de recours" peut avoir un contenu plus large que la procédure et se référer au droit matériel, voir III.5a.

de permettre la reproduction d'œuvres protégées dans certains cas spéciaux et dans les limites fixées par la convention (art. 9.2)).

Cette liberté d'action est accordée à tous les Etats : elle peut être utilisée aussi bien par le pays d'origine de l'œuvre que par le pays de la nationalité de l'auteur ou par tout autre pays, donc également par le pays où la protection serait demandée. Si aucune règle n'en dispose autrement, la portée internationale des restrictions introduites par un Etat dépendra de la solution qui sera donnée, chaque fois, au problème de conflit des lois en vertu des règles générales. Si, par exemple, le droit international privé d'un pays soumet le droit d'auteur à la loi du pays d'origine de l'œuvre ou à la loi de la nationalité de l'auteur et si cette loi contient des restrictions autorisées par la convention, ces restrictions auront effet dans le pays qui est appelé à protéger l'œuvre.

Mais la convention contient des règles sur deux cas où des restrictions imposées au droit d'auteur par un Etat ne doivent avoir aucun effet *en dehors de ses frontières*. Il s'agit de deux cas de licences non volontaires, l'un concernant le droit de radio-diffusion (et de communication publique) et l'autre le droit d'enregistrement des œuvres musicales. Dans le premier cas, il est question des "conditions d'exercice des droits" (art. 11<sup>bis</sup>.2)), dans le second de "réserves et conditions relatives au droit" (art. 13.1)). Mais dans les deux cas la convention prévoit expressément que ces licences non volontaires n'auront aucun effet en dehors du pays qui les aura établies.

Dans ces deux cas, on peut certes parler de territorialité de la loi qui établit les licences non volontaires. Mais il faut être conscient du fait que les questions traitées dans le présent paragraphe, aussi bien la possibilité des restrictions que la limitation de leur portée, n'ont rien à voir avec la question du droit applicable, si ce n'est sous un aspect négatif : même lorsque la règle de conflit conduirait à l'application de la loi d'un pays ayant établi, conformément à la convention, des licences non volontaires, cette loi ne serait appliquée qu'à l'exclusion des règles établissant ces licences.

##### 5. A la recherche d'une règle générale

La Convention de Berne contient plusieurs règles qui déterminent quel droit doit être appliqué pour régler tel ou tel aspect du droit d'auteur dans tel ou tel cas (voir ci-dessus III.3). Ces règles ne sont pas sans poser de sérieux problèmes d'interprétation. Mais avant de procéder à l'examen de ces problèmes (voir ci-dessus III.6, 7), il semble indiqué d'essayer de trouver si, à travers les dispositions fragmentaires, il serait possible de dégager

quelque règle ayant une portée plus générale et, par conséquent, pouvant être appliquée dans tous les cas qui n'auraient pas fait l'objet d'une réglementation spéciale<sup>41</sup>.

##### a) La loi du lieu de protection

L'opinion dominante pense qu'une règle générale de droit international privé est contenu dans l'article 5.2), deuxième phrase, de la convention qui prescrit :

... l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

Indépendamment de l'interprétation à donner au terme "pays où la protection est réclamée" (voir ci-dessous III.6) et indépendamment de l'exactitude de la conception de cette règle comme instituant le principe de territorialité, il semble en effet que le libellé de la règle indique suffisamment son caractère général : la loi à appliquer au droit d'auteur serait celle du pays où la protection est demandée<sup>42</sup>.

D'ailleurs, cette règle semble corroborée par ce qui apparaît comme l'exclusion de l'alternative la plus crédible, à savoir l'application de la loi du pays d'origine. N'est-il pas dit dans la première phrase du même alinéa de cet article : "[C]ette jouissance et cet exercice [du droit d'auteur] sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre" ?

Il paraît utile, tout d'abord, de soumettre à un examen critique cette "indépendance" qui semble renforcer la règle de l'application de la loi du lieu de protection. Il faut admettre qu'il s'agit là d'une indépendance assez mitigée puisque : a) la protection d'une œuvre qui serait considérée comme œu-

<sup>41</sup> Drobnig (*op. cit.*, p. 199) pense que la Convention de Berne ne contient pas de règle de conflit ayant une portée générale. Une telle règle générale expresse est contenue dans la Convention de Montevideo de 1889, appelée Convention panaméricaine : l'article 2 prescrit l'application de la loi du pays d'origine de l'œuvre ("l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique et ses successeurs jouissent, dans les Etats signataires, des droits que leur accorde la loi de l'Etat où a eu lieu la première publication ou exécution"), cf. Erlanger, *op. cit.*, p. 303; Runge, *Urheber- und Verlagsrecht*, Bonn, Hannover, Stuttgart, 1948-1953, p. 765. S'il est vrai qu'une telle règle ne se trouve pas dans d'autres conventions internationales ou législations nationales, cela ne suffit pas pour la considérer comme une "curiosité", comme le fait Spoendlin (*op. cit.*, p. 100).

<sup>42</sup> Cf. par exemple Desbois, *op. cit.*, p. 37; Plaisant, "L'exploitation du droit d'auteur et les conflits de lois", in RIDA 1962, vol. XXXV, p. 65-66; Erlanger, *op. cit.*, p. 303; Durand, *op. cit.*, p. 159, qui pense que l'article 5.1) peut être invoqué comme expression du principe de territorialité, p. 160.

vre des arts appliqués dans le pays de la protection dépend de l'existence d'une telle protection dans le pays d'origine (art. 2.7)); *b*) l'étendue de la protection d'une oeuvre dans le pays de la protection dépend de l'étendue de la protection dans le pays d'origine, au cas où ce pays aurait introduit des restrictions comme mesures de rétorsion conformément à la convention (art. 6.1)); *c*) la durée de la protection dans le pays de la protection dépend de sa durée dans le pays d'origine (art. 7.8)); *d*) la protection d'une oeuvre antérieure à l'entrée en vigueur de la convention dépend de l'existence du droit dans le pays d'origine (art. 18.1)). Et tout ceci sans mentionner la référence au pays d'origine pour déterminer le champ d'application de la convention (art. 3.1)) et le cas où la dépendance est établie par rapport à la nationalité de l'auteur (art. 14<sup>bis</sup>.2)).

Même sans avoir recours à des règles qui pourraient, en fin de compte, être considérées comme introduisant des exceptions<sup>43</sup>, une lecture de l'alinéa en question dans son ensemble laisserait apparaître sa *portée limitée*. En effet, l'article 5.2) comprend trois règles et indique de la façon la plus claire que la deuxième et la troisième de ces règles sont liées à celle qui les précède. Voici la structure du texte :

— première règle : exclusion de toute formalité pour la jouissance et l'exercice des droits garantis par la convention — règle fondamentale<sup>44</sup>;

— deuxième règle : directement liée à la précédente puisqu'elle est introduite par un pronom et se trouve dans la même phrase, séparée seulement par un point-virgule : indépendance par rapport à l'existence de la protection dans le pays d'origine — mais indépendance de la jouissance et de l'exercice tels qu'ils sont indiqués dans la première partie de la phrase ("cette"), donc : indépendance seulement par rapport aux formalités éventuellement exigées dans le pays d'origine et rien d'autre<sup>45</sup>;

— troisième règle, qui semble également liée aux précédentes puisqu'introduite par les mots "par suite"<sup>46</sup> : application de la législation du pays où la protection est demandée pour régler l'étendue de la protection et les moyens de recours.

Cette troisième règle fait apparaître une lacune dans la structure du texte. Les mots "*par suite*"

indiquent que cette règle devrait être la conséquence logique des deux précédentes. Or le droit applicable à l'étendue de la protection et aux moyens de recours ne découle pas de l'exclusion des formalités. Celle-ci serait tout aussi compatible avec l'application d'autres droits. Il semble donc indiqué de ne pas attribuer à ces mots une importance interprétative particulière.

Mais indépendamment de son rapport avec les règles qui la précèdent, il est nécessaire de voir de plus près le *texte* même de cette troisième règle : si elle déclare applicable la législation du pays où la protection est demandée, elle ne le fait que par rapport à deux aspects seulement du droit d'auteur, à savoir l'étendue de la protection et les moyens de recours.

Le terme "étendue de la protection" ne saurait être identifié ni avec le terme "droit" ni avec le terme "étendue du droit"; il se distingue de tout ce qui est "condition de protection"<sup>47</sup>. Ce terme présuppose comme données l'existence du droit, son étendue (par exemple, par rapport à d'éventuelles limitations), sa durée (qui n'est que l'étendue dans le temps), son titulaire (et donc la notion du créateur et les possibilités de cession) pour indiquer quelle sera la *sanction* d'une atteinte à ce droit : pénale ou civile ou encore, dans le domaine civil, telle ou telle action (dommages-intérêts, dommage moral, restitution de l'enrichissement, etc.). Ainsi comprise, l'étendue de la protection ne se réfère pas aux conditions mais seulement aux conséquences d'une violation du droit d'auteur<sup>48</sup>.

Encore plus limitée semble la portée du deuxième volet de cette règle qui se réfère aux moyens de recours. Ici la référence est faite aux *règles de procédure* qui déterminent les moyens dont dispose le justiciable pour mettre en marche l'appareil judiciaire, pénal ou civil (action, plainte, appel, pourvoi, etc.). Même sans une règle expresse, il eût été évident que ces questions ne sauraient être régies que par la loi du for<sup>49</sup>.

La conclusion des réflexions qui précèdent est que l'article 5.2) de la Convention de Berne ne contient pas de règle générale de conflit des lois en matière de droit d'auteur.

<sup>43</sup> Durrande, *op. cit.*, p. 191-211.

<sup>44</sup> *Guide de la Convention de Berne, op. cit.*, p. 35.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 36. Même si cette "indépendance" était comprise de manière plus large comme indiquant l'indépendance par rapport à l'existence du droit dans le pays d'origine, ceci signifierait seulement que la protection conventionnelle (assimilation et *minimum*) serait accordée dans les autres pays de l'Union même en cas d'inexistence du droit dans le pays d'origine, mais ne déterminerait pas le droit applicable, Nordemann, Vinck, Hertin, *op. cit.*, remarque 6 sous art. 5; cf. Nimmer, *op. cit.*, p. 303-304.

<sup>46</sup> Schack, *op. cit.*, p. 28.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 28-29.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 30. Cf. pour le droit français, Desbois, *op. cit.*, p. 35; pour le droit allemand, Neuhaus, *op. cit.*, p. 192. Une interprétation différente est donnée à cette disposition par Bappert, Wagner, *op. cit.*, remarque 22 sous art. 4.

<sup>49</sup> Cf. *Guide de la Convention de Berne, op. cit.*, p. 36; Schack, *op. cit.*, p. 30. Comparer aussi l'article 6<sup>bis</sup>.3) pour une même règle de conflit concernant les moyens de recours. Il ne paraît pas possible de considérer que les moyens de recours couvrent aussi les demandes relevant du droit matériel comme le fait Spoendlin (*op. cit.*, p. 102).

b) *La loi du pays d'origine*

Le rôle de *règle générale* qui ne peut pas être joué par l'article 5.2) de la convention semble pouvoir l'être par deux autres alinéas de ce même article, à savoir les alinéas 5.1) et 5.3), première phrase. Ces deux dispositions sont complémentaires malgré l'apparence de contradiction qu'elles présentent. En effet, l'article 5.1) dit que deux des trois méthodes de protection utilisées par la convention (voir ci-dessus III.1), à savoir l'assimilation et le *minimum* de protection, ne s'appliquent pas dans le pays d'origine de l'oeuvre; parallèlement, l'article 5.3) dit que dans le pays d'origine de l'oeuvre c'est la législation nationale de ce pays qui s'applique — donc pour le pays d'origine de l'oeuvre, la convention utilise la troisième méthode de protection qui consiste à résoudre le problème de conflit des lois.

La règle de conflit est claire : application de la législation nationale dans le pays d'origine<sup>50</sup>. Mais il est tout aussi clair qu'il s'agit là d'une règle de conflit unilatérale ou incomplète qu'il faut *interpréter bilatéralement* (voir ci-dessus II.4). La convention, en imposant l'application de la loi nationale dans le pays d'origine, marque sa préférence pour un point de rattachement précis, à savoir le rattachement créé par le lien entre une oeuvre et le pays de la nationalité de son auteur, si l'oeuvre n'est pas publiée, le pays de la première publication, si l'oeuvre est publiée ("nationalité" de l'oeuvre). Cette préférence, indiquée par la détermination de la loi applicable dans un pays, doit être respectée par tous les autres et pour tous les autres : si, dans le pays d'origine, le droit d'auteur est régi par la législation nationale de ce pays, dans tous les autres pays il doit être régi par cette même loi, à savoir la loi du pays d'origine<sup>51</sup>.

Un *argument additionnel décisif* en faveur de l'attribution d'une portée générale à la règle de l'article 5.3), qui déclare en principe applicable au droit d'auteur la loi du pays d'origine de l'oeuvre, provient curieusement d'une autre convention internationale : la Déclaration annexe relative à l'article XVII de la Convention universelle sur le droit d'auteur, qui a une importance particulière pour la

Convention de Berne puisqu'elle constitue une "clause de sauvegarde" pour celle-ci, rattache aussi l'oeuvre à son pays d'origine. En effet, cette Déclaration exclut l'application de la Convention universelle a) aux oeuvres ayant comme pays d'origine un pays qui aurait quitté l'Union de Berne; b) aux oeuvres ayant comme pays d'origine un des pays de l'Union de Berne dans les rapports avec les pays de cette Union. Ainsi lorsque les pays membres de l'Union de Berne ont fait admettre cette clause de sauvegarde, cruciale pour l'existence de la Convention de Berne, ils ont considéré le rattachement au pays d'origine de l'oeuvre comme ayant un caractère décisif<sup>52</sup>.

La règle qui déclare comme applicable la loi du pays d'origine a une portée générale et doit être appliquée dans tous les cas où la convention elle-même *n'en dispose pas autrement* au sujet d'un aspect particulier du droit d'auteur (par exemple, l'étendue de la protection et les moyens de recours, art. 5.2)). En outre, il est évident que le droit international privé de chaque pays de l'Union peut prescrire des règles de conflit sur des points qui ne relèvent pas du droit d'auteur mais qui peuvent avoir des incidences, directes ou indirectes, sur celui-ci (capacité, forme des contrats, dommages-intérêts, etc.).

c) *Des arguments d'opportunité*

La controverse, devenue classique, entre ceux qui soutiennent le droit du lieu de la protection et ceux qui lui préfèrent le droit du pays d'origine peut et doit être résolue sur la base des textes juridiques en vigueur (voir ci-dessus II.2). Mais à supposer que ces textes laissent des doutes et permettent ainsi à l'interprétation de *tenir compte de l'opportunité* de l'une ou de l'autre solution, quels sont les arguments qui militeraient en faveur de chacune d'elles<sup>53</sup> ?

La plupart des arguments invoqués d'habitude *en faveur du pays de la protection* se réfèrent en fait à la loi du for et non à la loi du pays pour lequel la protection est demandée (sur cette distinction, voir ci-dessous III.6). Ils peuvent être résumés comme

<sup>50</sup> Rien ne permet de supposer que la loi du pays d'origine n'est appliquée que lorsqu'elle coïncide avec la loi du for comme le fait Hilty, "Die Bedeutung des Ursprungslandes in der Berner Uebereinkunft", in *Die Berner Uebereinkunft und Die Schweiz*, Berne, 1986, p. 217.

<sup>51</sup> Koumantos, *op. cit.*, p. 636-637. Nordemann, Vinck, Hertin (*op. cit.*, remarque 3 sous art. 14<sup>ter</sup>) disent "le principe du rattachement au pays d'origine de l'oeuvre ... est intégralement respecté dans tout le texte de la Convention de Berne révisée". L'application de la loi du pays d'origine est souvent considérée comme étant l'émanation d'un "principe d'universalité".

<sup>52</sup> Cf. Nordemann, Vinck, Hertin, *op. cit.*, remarque 3 sous Convention universelle, art. XVII.

<sup>53</sup> Le niveau de protection accordé par l'un ou l'autre des droits qui seraient appliqués ne peut pas être pris en considération comme argument d'opportunité (cf. Spoendlin, *op. cit.*, p. 95-96) puisque ce niveau est imprévisible et le résultat de la comparaison varierait en fonction du for qui l'applique : si l'affaire est portée devant les tribunaux d'un pays assurant une protection élevée, il y aurait intérêt à appliquer la loi du for; si, au contraire, la loi du for accorde une protection inférieure à la loi du pays d'origine, celle-ci serait préférable. Cf. aussi Cigoj, *op. cit.*, p. 62-63.

suit<sup>54</sup> : a) éviter au juge d'avoir à appliquer un droit étranger que souvent il connaît mal<sup>55</sup>; b) éviter que des droits ou des comportements identiques soient traités différemment dans un même pays selon l'origine différente des oeuvres<sup>56</sup>; c) éviter de donner à l'auteur le choix du droit qui régira son oeuvre en vertu du lieu de la première publication; d) possibilité de séparation géographique de l'exploitation de l'oeuvre et meilleures conditions de fonctionnement de la gestion collective<sup>57</sup>.

Il est facile d'opposer à ces arguments des *arguments contraires* : a) dans tous les domaines du droit, les juges sont de plus en plus obligés d'appliquer des droits étrangers et des moyens de procédure efficaces sont mis en oeuvre pour leur faciliter cette tâche dont la difficulté ne devrait ni être exagérée ni jouer un rôle déterminant pour le choix du droit applicable; b) il est tout aussi important d'éviter que des droits ou des comportements identiques soient traités différemment dans les différents pays; c) pire que laisser le choix du droit applicable à l'auteur serait de laisser le choix de ce droit à celui qui commet une atteinte contre le droit d'auteur; d) la séparation géographique de l'exploitation et la bonne gestion collective peuvent, par d'autres voies juridiques, être aussi bien réalisées en appliquant la loi du pays d'origine<sup>58</sup>.

Derrière toute cette controverse se profile une *option plus fondamentale* : faut-il prendre comme point de départ l'auteur et son oeuvre ou l'usager et son comportement? La première alternative oriente vers l'application du droit du pays d'origine qui laisse à l'auteur le choix du droit applicable (par le choix du lieu de la première publication) et lui assure un traitement plus ou moins identique dans tous les pays; la seconde alternative fait pencher vers l'application du droit du pays de la protection qui permet à l'usager de se comporter selon les règles de son pays et lui assure un traitement identique par rapport à toutes les oeuvres qu'il pourrait utiliser<sup>59</sup>. Il s'agit de donner la préférence à celui qui crée ou à celui qui utilise la création, légitimement ou non. Une fois le problème ainsi posé, il ne

fait pas de doute que la Convention de Berne, dans son esprit général, devrait être interprétée de façon à mettre l'auteur au centre des réglementations<sup>60</sup>.

#### 6. Quel est le pays de la protection ?

La Convention de Berne utilise huit fois le terme "pays où la protection est [ou : sera] réclamée" (art. 5.2), 6<sup>bis</sup>.2) et 3), 7.8), 14<sup>bis</sup>.2)a) et 2)c), 14<sup>ter</sup>.2), 18.2)) pour déterminer le droit applicable à certains aspects particuliers du droit d'auteur, en dérogation au principe général de l'application du droit du pays d'origine (voir ci-dessus III.5). Mais que faut-il entendre par cette expression : *le droit du pays où la demande de protection est jugée (lex fori) ou le droit du pays pour lequel la protection est demandée (lex loci delicti) ?*

Il est vrai que ces deux droits très souvent coïncideront<sup>61</sup>. En effet, l'auteur lésé intentera le plus souvent l'action devant un tribunal du lieu du délit, qui sera aussi d'habitude le lieu du domicile ou du siège du défendeur. Ce tribunal appliquera alors, sans même sentir le besoin de donner des justifications, une loi qui sera en même temps celle du for et du lieu du délit. Néanmoins, la différence existe même si elle n'apparaît que lorsque l'action est intentée devant un tribunal qui est seulement le tribunal du domicile ou le tribunal du lieu du délit.

Il a été soutenu que le choix du for peut être fortuit ou dépendre des convenances du demandeur, qu'il est en tout cas sans rapport nécessaire avec le droit lésé ou l'acte de lésion. Ce que la convention a voulu indiquer comme droit applicable serait le droit du pays où le droit d'auteur déploie ses conséquences et a été l'objet d'une atteinte. C'est donc la loi du *pays pour lequel la protection est réclamée* (d'habitude : la *lex loci delicti*) qu'il faut appliquer<sup>62</sup>.

Cette argumentation n'est pas convaincante. Certains cas, dans lesquels la convention impose l'application du droit du pays où la protection est réclamée, sont de nature à indiquer clairement que ce terme se réfère au *pays du for*. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit des moyens de recours qui ne sauraient être que ceux du for (art. 5.2), 6<sup>bis</sup>.3))<sup>63</sup>. Il ne

<sup>54</sup> Voir notamment Troller, "Neu belebte Diskussion über das internationale Privatrecht im Bereich des Immaterialgüterrechts", in *Problemi attuali di diritto industriale*, Studi celebrativi del XXV anno della Rivista di diritto industriale, 1977, p. 1128-1132, où ces arguments sont pour ainsi dire codifiés.

<sup>55</sup> Hilty, *op. cit.*, p. 203; Durrande, *op. cit.*, p. 160-164.

<sup>56</sup> Spoendlin, *op. cit.*, p. 96.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 96-97.

<sup>59</sup> Spoendlin (*op. cit.*, p. 107) reconnaît que l'application de la loi du pays d'origine présenterait le désavantage de l'incertitude pour les "contrevenants potentiels".

<sup>60</sup> En faveur de l'application de la loi du pays d'origine s'est récemment prononcée la Commission compétente des XI<sup>e</sup> Journées nationales de droit civil de l'Argentine, tenues à Buenos Aires en août 1987. Cf. aussi Cigoj, *op. cit.*, p. 70-74.

<sup>61</sup> Schack, *op. cit.*, p. 30; Erlanger, *op. cit.*, p. 306-307; Spoendlin, *op. cit.*, p. 101.

<sup>62</sup> BIRPI, *op. cit.*, p. 99 mais aussi p. 101, où la préférence est donnée à la loi du for; Ulmer, *op. cit.*, p. 10-11; Walter, "La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur et les conflits de loi", in RIDA 1976, vol. LXXXVII, p. 47; Spoendlin, *op. cit.*, p. 98-100.

<sup>63</sup> Koumantos, *op. cit.*, p. 636; Schack, *op. cit.*, p. 30.

serait pas concevable que la convention ait utilisé le même terme dans deux sens différentes, une fois pour indiquer la loi du for, l'autre pour indiquer la loi du lieu du délit. En outre, il est possible qu'un procès sur le droit d'auteur ait lieu sans qu'il y ait eu de délit, par exemple pour la reconnaissance judiciaire du droit ou d'un pouvoir particulier qui en découle<sup>64</sup>. Enfin, l'interprétation qui conduit à l'application de la *lex loci delicti* fait perdre tous les avantages, réels ou supposés, accordés au rattachement au pays où la protection est réclamée (voir ci-dessus III.5c). Il faut par conséquent conclure que, lorsque la convention parle du lieu de la protection, elle se réfère à l'application de la loi du for<sup>65</sup>.

### 7. Renvoi

Une autre controverse classique du droit international privé est de savoir si la détermination du droit applicable *se limite au droit matériel ou si elle comprend aussi les règles de conflit* des lois. L'acceptation de la deuxième hypothèse aurait comme conséquence que le droit indiqué comme applicable pourrait renvoyer à un autre droit ou, éventuellement, commander un retour au droit du for. Les uns soutiennent que la question du droit applicable relève du droit du for et qu'elle est définitivement résolue par ce droit, les autres croient que si le droit considéré comme applicable se destitue en faveur d'un autre droit, cette destitution devrait être respectée, surtout si elle est faite en faveur du droit du for.

Ici encore, il est possible d'invoquer plusieurs arguments pour soutenir l'une ou l'autre des théories qui s'opposent. Mais ces arguments n'ont d'importance que par rapport au *problème général* de droit international privé connu sous le terme de "renvoi". La solution qui sera retenue en général sera valable également pour les règles de conflit en matière de droit d'auteur<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Schack, *op. cit.*, p. 40.

<sup>65</sup> Desbois, *op. cit.*, p. 37; Desbois, "La loi française du 8 juillet 1964 relative à l'application du principe de réciprocité en matière de protection du droit d'auteur", in RIDA 1964, vol. XXXIV, p. 43; Françon, "Les droits sur les films en droit international privé", in RIDA 1972, vol. LXXIV, p. 13-15; Desbois, Françon, Kerever, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, 1976, p. 150; Nimmer, *op. cit.*, p. 302; Schack, *op. cit.*, p. 30, 40; Runge, *op. cit.*, p. 694; Durrande, *op. cit.*, p. 165.

<sup>66</sup> Il faut cependant mentionner que la règle contenue dans l'article 5.3) semble indiquer que la convention admet le renvoi : si la "législation nationale" de la première phrase de cette disposition ne se réfère pas à d'éventuelles règles de conflit restreignant son application, la deuxième phrase n'aurait pas de sens, voir *Guide de la Convention de Berne*, *op. cit.*, p. 37.

Au-delà de ce problème général, la Convention de Berne pose un problème particulier, relatif non pas à une règle de conflit mais à une règle concernant la condition des étrangers (voir ci-dessus II.1) : l'*assimilation*, imposée par la convention, devrait-elle se limiter au droit matériel et, par conséquent, signifier toujours l'application de la loi du for, même lorsque celui-ci (en vertu d'une règle de conflit) n'est pas appliquée aux nationaux ou, au contraire, devrait-elle signifier l'application de la même loi que celle appliquée aux nationaux ? La réponse devrait être fondée sur le fait que l'assimilation prévue par la convention est une assimilation qui ne comporte pas de limites, donc une assimilation intégrale<sup>67</sup>. Ceci signifie que, à chaque pays de l'Union, l'ensemble du droit de ce pays, y compris les règles de conflit, devrait être appliqué aux auteurs ressortissant à autre pays de l'Union<sup>68</sup>. Sinon, il y aurait discrimination quant au droit finalement appliqué.

Mais si l'on admet ce contenu de l'assimilation, on est obligé d'aller plus loin, quitte à arriver à des *résultats inattendus* : si l'assimilation concerne également les règles de conflit, ces règles sont elles-mêmes, en grande partie, contenues dans la convention. En effet, la convention prescrit que, en règle générale, le droit applicable est celui du pays d'origine de l'oeuvre et que, exceptionnellement, pour certains points particuliers, c'est le droit du pays de la protection qui doit être appliqué (voir ci-dessus III.5). Comme ces règles de la convention lient les pays de l'Union, le droit finalement applicable est ainsi déterminé par la convention. L'assimilation finit par être un détour, d'utilité douteuse, pour arriver au droit matériel imposé par les règles de conflit de la convention.

### 8. Matières non réglées

La Convention de Berne ne se réfère, tant par la règle générale que par les exceptions (voir ci-dessus III.5), qu'au *droit d'auteur lui-même*, non à certaines autres matières dans lesquelles l'existence du droit d'auteur ne joue que le rôle d'une question préjudicielle ou d'une question connexe. Le droit applicable à ces matières est souverainement déterminé par les règles de conflit en vigueur au pays du for.

Il est nécessaire de délimiter de façon plus précise le *champ d'application des règles de conflit*

<sup>67</sup> BIRPI, *op. cit.*, p. 98; Schack, *op. cit.*, p. 33; Walter, *op. cit.*, p. 47; cf. aussi Ulmer, *op. cit.*, p. 12. Dans un sens plutôt contraire, Bappert, Wagner, *op. cit.*, Einl. 7, remarque 24 sous article 4; Hilty, *op. cit.*, p. 210.

<sup>68</sup> Le contraire est soutenu par Spoendlin, *op. cit.*, p. 103.

contenues dans la convention pour savoir jusqu'où peut aller la compétence des législations nationales. L'importance d'une telle délimitation apparaît notamment au sujet de trois matières qui sont en même temps liées au droit d'auteur et distinctes de celui-ci, à savoir le droit moral, les contrats sur le droit d'auteur et les délits contre ce droit.

#### a) *Le droit moral*

Pour décider si le droit applicable en matière de droit moral est déterminé par les règles de conflit de la Convention de Berne ou de chaque législation nationale, il faudrait remonter à la *nature juridique* de ce droit. La controverse est presque aussi vieille que le droit d'auteur lui-même : selon les uns, le droit moral est un des éléments du droit d'auteur, selon les autres, il est une émanation du droit de la personnalité, spécialement réglementée par les lois et les conventions en raison des particularités qu'il présente lorsque la protection concerne certains aspects de la personnalité des auteurs.

Il n'est pas question de *prendre ici position* sur cette controverse. Il est cependant possible de mentionner qu'il est difficile, au point de vue de la doctrine juridique, de considérer le droit moral comme faisant partie du droit d'auteur puisque chacun de ces deux droits peut avoir des titulaires différents, une durée différente, des caractéristiques différentes (par exemple, quant à la transmissibilité). D'autre part, il faut reconnaître que le droit moral serait mieux protégé s'il était soumis au même régime que le droit d'auteur puisqu'il profiterait de l'ensemble des dispositions de la Convention de Berne et des autres conventions internationales. Au niveau des règles de conflit, il faut aussi ajouter que l'application de règles différentes au droit moral et au droit d'auteur pourrait créer des confusions<sup>69</sup>.

Si le droit moral est conçu comme une *partie du droit d'auteur*, la loi qui lui est applicable sera déterminée par la Convention de Berne, donc elle sera, en règle générale, la loi du pays d'origine de l'oeuvre. Si, par contre, le droit moral est conçu comme une *émanation de la personnalité* de l'auteur, la loi qui lui est applicable sera déterminée par la législation nationale de chaque pays; dans le plus grand nombre des cas, les règles nationales de conflit considéreront comme applicable le statut personnel. Mais, dans les deux hypothèses, deux exceptions sont imposées par la convention à la règle générale quelle qu'elle soit : droit du pays où la protection est réclamée, pour l'attribution de la qualité d'exercer ce droit après la mort de l'auteur et pour les moyens de recours (art. 6<sup>bis</sup>.2) et 3)).

#### b) *Les contrats*

La Convention de Berne s'abstient de toute réglementation (à l'exception des dispositions prévues dans l'article 14<sup>bis</sup> pour les oeuvres cinématographiques) dans le domaine des rapports contractuels entre les auteurs et les personnes qui utilisent ou exploitent leurs oeuvres ou qui acquèrent des droits d'auteur sur celles-ci. La conséquence en est que les *législations nationales demeurent libres* de déterminer, par leurs règles de conflit, le droit applicable à cette matière. Elles le font en désignant la loi applicable à la forme des contrats, aux conditions de leur validité, à leurs effets, etc. Souvent, d'ailleurs, plusieurs droits sont déclarés applicables, chacun à un aspect du contrat, par exemple la *lex loci actus* pour la forme<sup>70</sup>, la *lex contractus* pour les conditions et les effets<sup>71</sup>.

Il faut cependant noter que parmi les questions posées à l'occasion des contrats sur le droit d'auteur, il y en a qui sont plus *intimement liées* à l'existence de ce droit et à ses caractéristiques propres qu'au fonctionnement des contrats en général. Une telle question est celle de la transmissibilité du droit d'auteur. La réponse à cette question devrait être fondée non pas sur la loi qui régit le contrat destiné à effectuer la transmission mais sur la loi qui régit le droit d'auteur, donc en principe et en vertu de la Convention de Berne sur la loi du pays d'origine<sup>72</sup>. Il semble qu'il devrait en être de même au sujet de l'effet réel du contrat (*Verfügung*), lorsque la loi du contrat admet la distinction entre les effets au niveau des obligations et les effets au niveau de la transmission du droit<sup>73</sup>.

#### c) *Les délits*

La Convention de Berne prescrit qu'un certain nombre de questions relatives aux délits contre le droit d'auteur doivent être réglées par la loi qu'elle-même déclare applicable à titre d'exception : étendue de la protection et moyens de recours sont régis par la loi du pays où la protection est réclamée, donc par la loi du for (voir ci-dessus III.5a). En dehors de ces questions, les législations nationales sont libres de déterminer la loi applicable par leurs propres règles de conflit. En règle générale, ces législations déclarent comme loi applicable la loi du lieu du délit qui souvent mais pas nécessairement coïncidera avec la loi du for, puisque d'habitude le délit crée une compétence locale des tribu-

<sup>70</sup> Selon BIRPI (*op. cit.*, p. 102), l'exclusion des formalités en général, prévue par l'art. 5.1), impose aussi l'exclusion des formalités pour une éventuelle cession.

<sup>71</sup> Kunz, *op. cit.*, p. 39; BIRPI, *op. cit.*, p. 99-100; Walter, *op. cit.*, p. 59-69.

<sup>72</sup> Kunz, *op. cit.*, p. 39.

<sup>73</sup> D'un avis contraire Spoendlin, *op. cit.*, p. 109-110.

<sup>69</sup> Plaisant, *op. cit.*, p. 79-93; Schack, *op. cit.*, p. 36-37.



naux et que le défendeur aura son domicile ou son siège dans le pays où le délit aura été commis.

Mais, comme au sujet des contrats (voir ci-dessus III.7b), il faut *faire la distinction* entre matières relevant du droit des délits (conditions générales de la responsabilité délictuelle) et matières qui appartiennent au droit d'auteur (conditions de l'illicéité de l'acte et conditions de sa justification éventuelle à titre d'exception). A ces dernières, sera appliqué le droit déterminé par les règles de conflit de la convention, à savoir le droit du pays d'origine de l'oeuvre. Ce n'est que les questions directement liées au droit général des délits qui seront régies par le droit indiqué par les règles de conflit de chaque pays, à savoir, le plus souvent, par la *lex loci delicti*.

#### IV. Conclusions

Les règles de conflit contenues dans la Convention de Berne ont rarement fait l'objet d'études approfondies. Leur importance était souvent voilée par le fait que les autres moyens de protection utilisés par la convention, à savoir le principe d'assimilation et la protection *jure conventionis*, semblaient suffire pour la réalisation des objectifs de la convention. Mais de nouveaux problèmes apparaissent qui montrent la nécessité d'une vue claire sur les règles de conflit. Un tel problème est, de nos jours, la détermination du *droit applicable en matière d'émissions télévisuelles* transmises par câble ou par satellite. Essayer de résoudre ce problème particulier sans référence à l'ensemble des règles de

conflit, notamment celles de la convention, peut conduire à des résultats non satisfaisants ou non suffisamment fondés<sup>74</sup>.

Mais en dehors de l'importance conjoncturelle du problème, celui-ci mérite d'attirer l'attention aussi pour des raisons permanentes. En effet, d'une part, les règles de conflit des législations nationales, par les différences qu'elles présentent, conduisent à l'application de droits matériels différents avec, comme conséquence, des différenciations et des incertitudes dans la protection accordée au droit d'auteur. D'autre part, la Convention de Berne, par la fragmentation de ses règles de conflit et par leur contenu douteux, n'arrive pas à remédier à cet état des choses. Le résultat en est que, en fait, dans plusieurs cas, il est impossible de savoir quel droit matériel national sera appliqué finalement à la protection du droit d'auteur, notamment en ce qui concerne la détermination des conditions, des limites et de la durée de cette protection ainsi que du titulaire du droit.

Si l'on veut faire un pas décisif vers une véritable harmonisation internationale du droit d'auteur, même sous la forme d'une assimilation des étrangers aux nationaux, il faut essayer de résoudre le problème du droit applicable. Il ressort de ce qui précède que, selon le rédacteur de ces lignes, la meilleure solution est celle qui est déjà adoptée par la convention, bien que de manière non suffisamment explicite, à savoir l'application, en principe, de la loi du pays d'origine de l'oeuvre.

---

<sup>74</sup> Spöndlin, *op. cit.*, p. 123-130.

## Correspondance

### Lettre d'Espagne

Esteban DE LA PUENTE GARCIA\*

De 1879 à 1987, l'Espagne a appliqué une loi sur la propriété intellectuelle dont la vertu principale, si nous essayons de trouver des explications à la longévité de ce texte, réside non seulement dans ce bon sens admirable propre à nos législateurs du dernier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle mais aussi dans le fait que la loi en question prévoyait d'étendre son propre champ d'application à tous les types d'oeuvres de l'esprit susceptibles d'être créées et d'être divulguées par tout système "connu ou inventé par la suite".

Toutefois, le contexte dans lequel s'inscrivent les relations juridiques fondées sur les droits de propriété intellectuelle a subi des transformations importantes qui, logiquement, sont allées au-delà de ce qui avait été prévu. Cette loi ayant dépassé le siècle d'existence, il importait de la réviser et de la mettre à jour, en fonction des principes qui régissent les domaines juridique, économique et social de l'Espagne en cette fin du XX<sup>e</sup> siècle.

Si, selon un auteur, toute règle juridique part de l'intention d'harmoniser des intérêts contradictoires, il est indéniable qu'il existe, dans le monde de la propriété intellectuelle, trois catégories d'intérêts : premièrement, les intérêts de l'auteur des oeuvres, deuxièmement, ceux des personnes physiques ou morales qui les mettent en circulation ou qui les communiquent, et, enfin, les intérêts du public qui jouit de ces oeuvres et les utilise. Tel est la trilogie sur laquelle repose la nouvelle loi sur la propriété intellectuelle\*\*, qui s'efforce de donner une réponse appropriée aux problèmes que pose la coexistence des intérêts précités dans la société actuelle.

#### I. Historique

Les propositions formulées dans le sens d'une réforme de la loi sur la propriété intellectuelle dans

notre pays ne sont pas l'expression d'une soudaine aspiration mais répondent à une nécessité dont il a été fait état par intermittence tout au long de notre siècle. Déjà avant la guerre civile espagnole, trois tentatives avaient été faites en vue de modifier la loi de 1879. Dans le cadre de la première d'entre elles, qui remonte à 1908, le texte correspondant avait été rédigé sur la demande de l'Association des éditeurs espagnols. Un autre projet de texte a été élaboré 20 ans plus tard à l'initiative de la Conférence nationale du livre.

Toutefois, c'est peut-être le projet de texte de 1934 qui a été le plus proche de la consécration. Le texte en question non seulement contenait quelques-unes des modifications envisagées précédemment mais tenait compte aussi des changements découlant de l'irruption dans le domaine de la propriété intellectuelle des techniques nouvelles telles que la photographie, le phonographe, la radiodiffusion et la cinématographie.

De 1945 à 1958 ont été créées diverses commissions chargées de modifier la loi de 1879 sur la propriété intellectuelle. Nous ne disposons toutefois d'aucune information sur le résultat des travaux de ces commissions. Par la suite, il semble que les pouvoirs publics aient préféré régler des aspects fragmentaires et périphériques dans ce domaine, ainsi qu'en témoigne la promulgation des lois relatives à la presse et l'imprimerie et aux droits de propriété intellectuelle sur les oeuvres cinématographiques (1966), de la loi sur la publicité (1967), de la loi sur le livre (1975), etc., avant de se lancer dans une réforme de l'ensemble de la législation. Le fait que ces tentatives de modification n'ont eu que peu de résultats positifs tient non pas tant au manque d'intérêt manifesté par les milieux professionnels intéressés mais à l'absence de structure rationnelle caractéristique des services ou des organismes de l'Administration espagnole qui devaient s'occuper des problèmes touchant à la propriété intellectuelle. Deux ministères — celui de l'éducation et celui de l'information et du tourisme — possédaient les compétences nécessaires (éducation) et menaient les activités voulues (information). En matière de droit d'auteur, les relations entre ces deux ministères-

\* Conseiller et membre du secrétariat général technique, Ministère de la culture.

\*\* Loi n° 22, du 11 novembre 1987; voir *Le Droit d'auteur*, mai et juin 1988, encarts *Lois et traités*, texte 1-01.

res ont pris la forme d'un véritable dialogue de sourds.

La création du Ministère de la culture en 1977 a marqué, dans le cadre d'un Etat démocratique naissant, le début d'une étape nouvelle dans les travaux engagés dans ce secteur; en effet, parmi les mesures positives qui ont été prises figurait la décision d'étendre au droit d'auteur le domaine de compétences administratives de ce ministère, qui était déjà chargé de la promotion et de l'organisation de toutes les manifestations culturelles. La célébration en 1979 du centième anniversaire de la loi espagnole sur la propriété intellectuelle a remis en lumière la nécessité de mettre à jour cette loi et les gouvernements de coalition successifs issus de l'Union du Centre démocratique, conscients de ce besoin, ont créé une commission qui, après moult réorganisations et vicissitudes, a élaboré un premier avant-projet en 1981. Ce texte n'a pas connu un sort très heureux et a eu une vie éphémère; il a en effet été retiré à la fin de la même année par suite des divergences exprimées par certains secteurs.

Après les élections générales de 1982, la nouvelle équipe gouvernementale a imprimé un rythme plus soutenu aux efforts visant à réviser la loi sur la propriété intellectuelle. Dans son programme de gouvernement, le parti socialiste prévoyait dans le cadre des activités du Ministère de la culture des réformes d'une importance incommensurable: l'une de celles-ci consistait à remplacer notre loi séculaire. Une commission constituée de représentants des principaux secteurs intéressés a été créée en vue de mettre tous ces projets à exécution; une fois que ces représentants eurent pris connaissance des principaux thèmes, il fut décidé de passer à l'action: le groupe technique de travail mis en place rédigea un avant-projet de loi dans un délai de 11 mois.

Ce texte, élaboré au milieu de 1985, a été soumis aux différents ministères et aux principaux secteurs d'activité intéressés. Le dialogue ainsi engagé entre les secteurs en question et le Secrétariat général technique du Ministère de la culture a permis de mettre au point la version définitive du projet de loi sur la propriété intellectuelle que le gouvernement a présenté en décembre 1985 aux Cortes pour que la procédure parlementaire puisse être engagée.

Il faut souligner que pendant l'élaboration du projet de loi en question aucun effort n'a été ménagé en vue de consulter fréquemment les secteurs professionnels intéressés par les dispositions figurant dans le projet en question. A cet égard, il y a lieu de mentionner en particulier la série de réunions qui ont eu lieu en 1984 et 1985 essentiellement à des fins d'information au sein de la commission du Sénat chargée de l'éducation, des universi-

tés, de la recherche et de la culture. Le fruit de ces réunions a été un rapport, qui date de mai 1985, dans lequel il était question des "priorités législatives en matière de droit d'auteur et de propriété intellectuelle", une attention particulière étant accordée aux "aspirations et aux souhaits des corps de métier, associations, organismes et groupes professionnels en ce qui concerne la reconnaissance et la protection du droit d'auteur sur le plan juridique". Chaque partie intéressée a donné son avis sur l'orientation générale à suivre dans le cadre de la révision de la loi et bien que naturellement toutes les aspirations n'aient pas pu être prises en considération — certaines d'entre elles étant en totale opposition — elles ont au moins indiqué au gouvernement la voie à emprunter dans son oeuvre législative.

## II. Pourquoi une nouvelle loi était-elle nécessaire ?

Il est devenu nécessaire de réviser la loi existante du fait de la conjugaison de trois prémisses fondamentales, énoncées dans une des dispositions portant création de la commission de rédaction de l'avant-projet et résumées par le gouvernement dans le mémoire joint au projet de texte envoyé aux Cortes :

a) en premier lieu, il était nécessaire de refondre les diverses dispositions adoptées dans ce domaine après la promulgation de la loi de 1879 et de les codifier; b) par ailleurs, il fallait adapter les dispositions de notre législation aux engagements pris à l'échelon international. A cet égard, il a été tenu compte des textes révisés en 1971 de la Convention de Berne et de la Convention universelle sur le droit d'auteur que l'Espagne a ratifiées en 1974 et 1975 respectivement. Enfin, il était nécessaire d'adapter les dispositions de la loi aux réalités de notre temps, d'où la nécessité de réglementer les formes de reproduction et de divulgation que le progrès technique a mis au service des oeuvres de l'esprit depuis la promulgation de la loi espagnole du siècle dernier.

Il n'était pas non plus concevable, logiquement, que les débats préliminaires se déroulent sans considérations de caractère doctrinal sur la véritable nature de la propriété de l'auteur et d'autres titulaires de droits sur une oeuvre de l'esprit, les positions exprimées allant du principe selon lequel le droit d'auteur est considéré comme constitué par deux catégories de droits différents (l'un attaché à la personne et l'autre d'ordre patrimonial) jusqu'à l'idée selon laquelle la propriété intellectuelle ne relève pas véritablement de la notion de propriété ou constitue tout au plus — et telle est la position du code civil espagnol — une "propriété spéciale".

Il appartenait aux rédacteurs de la nouvelle loi de travailler en partant d'une définition de la propriété intellectuelle située à un *point équidistant* aussi bien du *subjectivisme* (qui découle des excès de la doctrine fondée sur le droit de la personnalité) que de l'*objectivisme* (qui résulte de l'idée poussée à son extrême d'une propriété intellectuelle confinée au domaine du droit de propriété).

C'est ainsi que la Constitution espagnole de 1978 non seulement va dans le sens de la doctrine moderne mais est conforme aux orientations de la législation comparée actuelle, ainsi qu'en témoigne la reconnaissance solennelle de la liberté de création littéraire, artistique, scientifique et technique au moyen de la parole, de l'écriture ou de tout autre moyen de reproduction, aux termes de l'article 20 de la Constitution espagnole. Des auteurs ont voulu voir là la reconnaissance de deux types de droits : le droit de créer et le droit de propriété intellectuelle. En fait, ces droits ne sont que deux éléments — l'un relevant du droit de la personnalité et l'autre constituant un droit patrimonial — parmi l'ensemble des attributions qui sont conférées à l'auteur en tant que titulaire du fragment de pouvoir inhérent à la création d'une oeuvre de l'esprit.

D'autres principes de la Constitution cernent de façon appropriée la portée de la protection applicable aux créations de l'esprit. C'est ainsi que l'"accès à la culture" est reconnu comme une nécessité; ce principe énoncé à l'article 44 du texte en question rappelle la "fonction sociale" inhérente actuellement à toute forme de propriété, qui limite le pouvoir de libre disposition y compris naturellement pour le titulaire du droit d'auteur sur l'oeuvre ou son cessionnaire.

Il y a lieu dès maintenant d'apporter une précision en ce qui concerne le nom de la loi : loi sur la propriété intellectuelle ou loi sur le droit d'auteur ? Bien que le choix entre ces deux appellations ne se soit posé qu'au cours de l'examen du projet de loi devant le Parlement à la suite du dépôt de deux amendements devant la Chambre des députés, et bien que quelques personnes se soient prononcées isolément en faveur de l'adoption de l'expression "loi sur le droit d'auteur", la vérité est que l'expression utilisée traditionnellement en Espagne, à savoir "loi sur la propriété intellectuelle", a été effectivement retenue par toutes les personnes qui ont participé à l'élaboration du texte en question.

Les partisans de l'expression "droit d'auteur" étaient certes en droit de citer comme exemple de nombreuses législations étrangères en la matière. Toutefois, et nous le répétons, la préférence a été donnée à l'expression utilisée traditionnellement en Espagne depuis la loi de 1879 sur la propriété intellectuelle et son règlement d'exécution promulgué en 1880, expression qui a ensuite été reprise dans notre Code civil (art. 428 et 429 : de la propriété

intellectuelle) et dans le cadre de la révision du titre préliminaire intervenue en 1974 (art. 10.4 : "Les droits de propriété intellectuelle et industrielle sont protégés sur le territoire espagnol, conformément à la loi nationale ...") pour figurer finalement dans la Constitution actuelle de l'Espagne (art. 149.1)19).

Dans tous ces textes figure l'expression "propriété intellectuelle"; cette expression est, à notre avis, mieux adaptée à la réalité actuelle qui se caractérise par une convergence de relations et d'intérêts qui débordent constamment, ainsi que nous le verrons, le cadre limité du droit d'auteur.

### III. Définition du sujet et de l'objet

Jusqu'à présent, d'une façon générale, l'identification de l'auteur n'a pas suscité trop de problèmes dans le cadre de notre système juridique. La notion d'auteur est définie de façon très précise à l'article 2 du règlement de la loi espagnole sur la propriété intellectuelle abrogée par la nouvelle loi, article qui prévoyait qu'au sens de la loi est réputé auteur "celui qui conçoit et réalise une oeuvre scientifique ou littéraire quelconque ou qui crée ou exécute une oeuvre artistique quelle qu'elle soit". Toutefois, il s'agit de déterminer non pas les activités que doit mener une personne pour être considérée comme un auteur mais *les personnes* qui peuvent être des auteurs : s'agit-il des personnes en général ou uniquement des personnes physiques, ce qui excluerait les personnes morales ?

Notre législation, fidèle en cela à l'esprit et à la lettre de la Convention de Berne, a toujours eu tendance — et il continue d'en être ainsi — à attribuer la qualité d'auteur à une personne physique. Cependant, il ne faut pas en déduire que les personnes morales ne peuvent jamais être titulaires de droits de propriété intellectuelle étant donné qu'il existe des cas dans lesquels cela peut se produire : d'une part, de façon dérivée, c'est-à-dire lorsqu'un auteur ou son ayant droit a cédé sa propriété intellectuelle à des personnes morales et, d'autre part, au titre d'une cession légale, la loi attribuant les droits de propriété intellectuelle à une personne physique ou morale, qui, bien que ne se livrant pas à une véritable activité créatrice en tant qu'auteur, se voit conférer cette qualité par assimilation (art. 5 de la nouvelle loi).

A titre d'exemple, nous citerons deux cas concrets envisagés dans la loi. Premièrement, lorsqu'une oeuvre est divulguée sous forme anonyme ou sous un pseudonyme, les droits de propriété intellectuelle sont exercés par la personne physique ou morale qui la fait paraître avec le consentement de l'auteur, tant que ce dernier ne révèle pas son identité (art. 6.2). Deuxièmement, la qualité d'auteur est conférée par la loi pour les oeuvres

vres dites "collectives", dont les particularités sur le plan de l'édition leur valent un statut très particulier lorsque vient le moment de déterminer le titulaire véritable et effectif des droits d'auteur (art. 8).

La question de la reconnaissance du droit d'auteur sur une oeuvre créée dans le cadre d'un contrat de travail revêt une importance particulière. La nouvelle loi espagnole prévoit que cette situation est régie par les dispositions du contrat correspondant, qui doit exister sous forme écrite. Faute de convention écrite, il est présumé que les droits d'exploitation ont été cédés en exclusivité à l'employeur. Cette cession a la portée nécessaire pour permettre l'exercice de l'activité habituelle de l'employeur au moment de la remise de l'oeuvre réalisée dans le cadre dudit contrat de travail (art. 51).

Face aux deux méthodes utilisées habituellement en vue de déterminer l'objet de la propriété intellectuelle — définition et énumération — le législateur espagnol a opté pour une formule mixte : il commence par donner une définition avant d'établir avec précaution une liste non exhaustive d'oeuvres susceptibles d'être protégées. Tant sur le plan de la terminologie utilisée pour indiquer les oeuvres protégées qu'en raison du caractère non exhaustif de la liste en question, il ressort que le législateur a adopté le même type de classement que l'article 2 de la Convention de Berne. Le législateur a aussi pris la précaution de procéder à une énumération non limitative; c'est ainsi qu'à l'expression "tel(le)s que" utilisée dans la convention correspond l'expression "... qui comprennent notamment" dans la loi espagnole.

Le législateur, en rédigeant le premier alinéa de l'article 10 qui indique les principales caractéristiques des oeuvres, n'a pas pu faire abstraction de la loi et du règlement d'exécution promulgués plus d'un siècle plus tôt, qui prévoyaient de protéger toutes les oeuvres réalisées à l'aide de tout moyen ou système connus "ou qui seront inventés par la suite". Grâce à ce pouvoir d'anticipation qui témoigne de la sagesse du législateur espagnol du siècle dernier, nous avons pu faire face — en procédant aux adaptations appropriées — aux besoins qui se sont matérialisés en 100 ans dans le domaine de la propriété intellectuelle pour ce qui est des oeuvres protégées. En 1987, cette référence au futur est reprise à l'article 10 où il est question des oeuvres "exprimées à l'aide de tout moyen ... actuellement connu ou qui sera inventé à l'avenir ...".

Dans la définition de l'oeuvre protégée, il est fait abstraction de l'obligation de procéder à une fixation ainsi que de l'importance, de l'objectif et de la forme de l'expression. L'oeuvre, selon l'article premier, est protégée du seul fait de sa création. Dans le premier projet de loi qui a été rédigé et qui date de 1986, la portée du terme "création" était indi-

quée de façon plus explicite : l'auteur y était défini comme la personne physique qui crée une quelconque oeuvre littéraire, artistique ou scientifique en la concevant et en la réalisant". On souhaitait souligner par là que deux facteurs interviennent dans la *création*, la conception ou l'idée de l'oeuvre et sa réalisation ou matérialisation, tout en cherchant à éviter que d'aucuns interprètent la loi de façon erronée en envisageant isolément, en tant qu'objets susceptibles de protection, aussi bien les simples idées que les matérialisations plus ou moins fortuites. Finalement, dans le deuxième et dernier texte, qui date de 1987, le législateur a préféré ne laisser que le terme "création", sans y ajouter quoi que ce soit.

On note quelques légères différences par rapport à l'article 2.1) de la Convention de Berne; c'est ainsi que figurent dans la loi espagnole des concepts nouveaux, tels que les programmes d'ordinateur, les oeuvres audiovisuelles et les illustrés et les bandes dessinées (ou "*comics*", ce terme étant à notre avis superflu). De la même façon, il convient de souligner que, dans la nouvelle loi, il n'est pas question, parmi les oeuvres protégées, des oeuvres d'architecture mais des "projets, plans, maquettes et dessins d'oeuvres architecturales et d'ouvrages techniques".

Enfin, la nouvelle loi fait état des oeuvres dérivées, c'est-à-dire des oeuvres fondées sur une oeuvre existante. Elles sont protégées de la même façon qu'aux termes de la Convention de Berne, c'est-à-dire comme s'il s'agissait d'oeuvres originales étant donné que leur réalisation nécessite un certain esprit créateur.

#### IV. Teneur de la loi : droits moraux et patrimoniaux. Limites et durée

Le droit moral de l'auteur, qui figure en tant que tel pour la première fois dans notre législation sur la propriété intellectuelle, est un véritable droit de la personnalité dont il présente les caractéristiques et les attributs. C'est ainsi qu'il est considéré par la quasi-totalité des auteurs et par la jurisprudence. Ce droit et le droit d'exploiter l'oeuvre, qui lui apparaît étroitement lié, constituent l'origine de la polémique qui oppose les auteurs sur le caractère dualiste ou unitaire du droit d'auteur, qui différencie les législations les unes des autres, selon que leurs auteurs considèrent que le droit d'auteur constitue un seul droit assorti de diverses prérogatives ou, au contraire, qu'il s'agit de deux droits dont la teneur est parfaitement identifiable (un droit lié à la personnalité, d'une part, et un droit de caractère patrimonial, d'autre part).

La loi de 1987 renonce à la conception unitaire dont s'inspire la loi de 1879 au profit de la concep-

tion dualiste; à côté des droits patrimoniaux, elle reconnaît expressément une série de droits liés à la personnalité, qui ne peuvent faire l'objet ni d'une renonciation ni d'une aliénation (art. 14) et fait état des personnes appelées à défendre ces droits ainsi que les circonstances qui justifient leur intervention (art. 15 et 16).

Par rapport à l'article 6<sup>bis</sup> de la Convention de Berne, la nouvelle loi espagnole reconnaît une série de droits qui vont au-delà du cadre de la convention précitée.

C'est ainsi qu'elle reconnaît à l'auteur, outre les droits visés dans l'article précité de la convention en question, les droits ci-après (art. 14):

- 1° Décider si son oeuvre doit être divulguée et sous quelle forme.
  - 2° Déterminer si cette divulgation doit se faire sous son nom, sous un pseudonyme ou autre signe, ou anonymement.
  - .....
  - 6° Retirer l'oeuvre du commerce, par suite d'un changement de ses convictions intellectuelles ou morales, après indemnisation des dommages et préjudices causés aux titulaires de droits d'exploitation.
  - .....
  - 7° Accéder à l'exemplaire unique ou rare de l'oeuvre, lorsque celui-ci est entre les mains d'un tiers, afin d'exercer le droit de divulgation ou tout autre droit qui lui appartient.
- Ce droit ne permet pas d'exiger le déplacement de l'oeuvre et l'accès à celle-ci s'effectuera au lieu et sous la forme qui occasionnent le moins d'inconvénients au détenteur, lequel sera indemnisé, le cas échéant, pour tout dommage ou préjudice qui lui est causé.

En donnant le droit d'accéder à l'exemplaire unique ou rare, la commission de rédaction de la loi était consciente de la nature particulière de ce droit et des difficultés à surmonter pour intégrer ce droit dans le droit moral. Ce "droit d'accès" peut toutefois être classé parmi les droits moraux reconnus à l'auteur compte tenu de certaines particularités et sur la base de circonstances déterminées; ce droit repose principalement sur la liberté éminemment individuelle de l'auteur de décider si son oeuvre doit être divulguée et sous quelle forme. Par ailleurs, le fait qu'il ne peut faire l'objet ni d'une renonciation ni d'une transmission, qu'il s'agit d'un droit absolu et *erga omnes*, ainsi que l'absence de toute considération patrimoniale en font un authentique droit moral.

Cela étant, l'incorporation du droit d'accès dans la législation espagnole s'assortit de certaines conditions qui, d'une certaine façon, le différencient du même droit tel qu'il est reconnu dans la loi allemande. L'élément le plus caractéristique a trait à l'attitude du possesseur de l'exemplaire: alors que la loi allemande permet à celui-ci de refuser de remettre l'oeuvre ou sa reproduction à l'auteur, ledit possesseur dispose à cet égard d'un pouvoir plus faible dans le cadre de l'avant-projet de la loi

espagnole qui ne lui reconnaît que le pouvoir de ne pas autoriser le déplacement de l'oeuvre. Par ailleurs, la loi prévoit la possibilité d'indemniser le possesseur, le cas échéant, pour les dommages et préjudices causés.

Parmi les éléments constitutifs du droit moral, le législateur espagnol reconnaît à la personne physique ou morale désignée par l'auteur par dispositions testamentaires ou, à défaut, à ses héritiers, le droit de défendre, après la mort de l'auteur, sans limitation de durée, les droits touchant à la paternité ou à l'intégrité de l'oeuvre.

Lorsque les personnes précitées n'existent pas ou que leur lieu de résidence n'est pas connu, l'Etat, les communautés autonomes, les collectivités locales et les institutions publiques de caractère culturel sont habilités à exercer les droits en question — revendication de la paternité et droit à l'intégrité de l'oeuvre.

Tout comme il l'a fait à propos des droits moraux, le législateur espagnol a énuméré les droits patrimoniaux ou les droits d'exploitation qui sont indépendants les uns des autres: droits de reproduction, de distribution, de communication au public et de transformation. L'auteur, et lui seul, est habilité à exercer ces droits; ils ne peuvent être exercés sans son consentement, sauf dans les cas prévus dans la loi.

Les droits en question sont tous conformes aux grandes lignes énoncées dans la Convention de Berne. En ce qui concerne le droit de distribution, dont il n'est que peu question dans la convention, la loi espagnole le définit comme la mise à disposition du public de l'original ou de copies de l'oeuvre au moyen de leur vente, de leur location, de leur prêt ou de toute autre manière. Il est précisé que, lorsque la distribution s'effectue au moyen de la vente, ce droit s'éteint à partir de la première vente.

En ce qui concerne les limitations apportées au droit exclusif des auteurs, elles reposent sur des principes d'ordre constitutionnel et sur des dispositions conventionnelles. La nouvelle loi espagnole fixe des limites qui touchent aussi bien aux droits liés à la personne qu'aux droits patrimoniaux; c'est ainsi que la loi reprend les limitations indiquées à l'article 20 de la Constitution ainsi que celles figurant à l'article 33 de ce même texte, lorsque celui-ci rappelle que la propriété privée est délimitée, quant à sa teneur, par sa fonction sociale.

Sur le plan de la propriété intellectuelle, cette limitation liée à la "*fonction sociale*" a pour pendant l'intérêt général de la culture; il ne faut pas oublier par ailleurs que les limitations imposées à l'auteur pour des raisons d'intérêt culturel sont indissociables, de la part de l'utilisateur, d'une utilisation appropriée ou d'un "*usage loyal*" (*fair practice*) selon les termes des conventions sur le droit

d'auteur. Il s'agit de trouver un juste équilibre entre les droits des auteurs et les intérêts de la société, qui a notamment pour devoir de faciliter à ses membres l'accès à la culture.

Ce sont précisément les "raisons d'intérêt public et culturel" que les législations des pays occidentaux ont pris comme référence pour fixer les limites du droit d'auteur. A cet égard, le législateur espagnol a suivi de très près les articles 10 et 10<sup>bis</sup> de la Convention de Berne en ce qui concerne les cas de libre utilisation des oeuvres et a cité, toujours dans l'esprit de la convention, les exemples déjà connus, à savoir droit de citation, articles et travaux diffusés par les mass media, comptes rendus d'événements d'actualité, parodies, etc.

On note parmi les limitations deux cas particulièrement intéressants. Le premier a trait à la reproduction : en ce qui concerne la copie réalisée pour l'usage privé de celui qui procède à la reproduction — acte autorisé à condition que la copie ne fasse pas l'objet d'une utilisation collective ni lucrative — la loi autorise aussi la reproduction d'oeuvres lorsque cette reproduction a lieu dans un établissement culturel (bibliothèques, services d'archives, bibliothèques de revues, etc.) de statut public ou d'un niveau scientifique reconnu, et si la reproduction est réalisée exclusivement à des fins de recherche. Le deuxième cas a trait à la possibilité pour les ayants cause de l'auteur décédé de commettre un abus de droit en n'autorisant pas la divulgation de l'oeuvre. A ce propos, s'agissant d'une infraction à une disposition de la Constitution, le législateur a donné au juge le pouvoir d'apprécier l'existence d'un *intérêt culturel* et d'ordonner, le cas échéant, les mesures appropriées pour mettre un terme à l'abus sur la demande des institutions publiques de caractère culturel (art. 40).

La durée de la protection a été l'une des questions les plus débattues au cours de l'examen de la nouvelle loi par le Parlement. Depuis 1879 jusqu'à nos jours, l'Espagne a toujours été, parmi les pays membres de l'Union de Berne, l'un de ceux où la durée de la protection des droits *post mortem auctoris* est la plus longue : 80 ans. Ce facteur a permis d'empêcher que le législateur soit tenté d'introduire des subterfuges comme il en figure dans d'autres législations (prorogation du fait des guerres, domaine public payant, etc.) pour prolonger artificiellement la durée des droits.

Il importait toutefois d'aligner la durée de la protection *post mortem* sur la durée en vigueur dans la majorité des pays appartenant à la même famille culturelle que l'Espagne et, bien que la durée de la protection en question ait été fixée au départ à 50 ans, il a finalement été décidé d'opter pour une durée de 60 ans compte tenu de la grande différence qu'aurait signifié sur le plan du produit financier, pour les titulaires de ces droits, le fait de

ramener la protection de 80 à 50 ans. Par ailleurs, dans l'optique d'une harmonisation dans le cadre de la législation communautaire européenne, la législation espagnole se situe à un niveau intermédiaire dans le sens d'un éventuel prolongement de la protection, qui est tellement souhaité et controversé.

Il y a lieu de noter par ailleurs que le législateur, au moment de fixer la durée de la protection *post mortem*, a aussi dû être influencé par l'attitude de certains secteurs culturels peu disposés à accepter que la nouvelle loi consacre le principe dit du "domaine public payant". Le passage automatique des oeuvres dans le domaine public à l'extinction des droits d'exploitation ainsi que le prévoit l'article 41 de la loi, a suscité chez les titulaires des droits, du fait de la non-reconnaissance du domaine public payant, le sentiment d'avoir été injustement pénalisés. Le législateur s'est efforcé de dissiper ce sentiment en prolongeant de 10 ans la protection minimale prévue dans la Convention de Berne, qu'il avait été envisagé d'adopter à un stade préliminaire de la loi.

Par ailleurs, l'imprescriptibilité du droit moral, en ce qui concerne la paternité de l'oeuvre et la défense de son intégrité matérielle, constitue une certaine *compensation* morale pour les titulaires de droits dont les aspirations matérielles n'ont pas été exaucées ainsi qu'en témoigne l'abandon du principe du domaine public payant.

## V. Transmission et cession des droits

Une partie de la loi traite expressément de la transmission et de la cession des droits; la partie en question énonce une série de dispositions générales et des dispositions traitant de contrats précis en la matière, tels que les contrats d'édition et de représentation et d'exécution. Les dispositions de caractère général reposent sur les dispositions du code civil relatives aux contrats et régissent non seulement les types de contrats visés dans ce titre de la loi mais aussi d'autres cas de cession de droits liés aux innovations techniques en application du principe de l'autonomie de la volonté.

Parmi les dispositions de caractère général figure en particulier une disposition relative au respect de certaines formalités dans le cadre de la cession, la loi reprenant, avec moins de rigueur, les prescriptions énoncées à cet égard dans le règlement de 1880. L'objectif visé est d'atténuer des situations de déséquilibre qui, sur le plan économique, pourraient être préjudiciables pour l'auteur, grâce à des mesures telles que l'adoption du système de participation proportionnelle à la rémunération — la loi énumère quelques cas concrets en matière de rémunération forfaitaire — ainsi que la possibilité de

modifier le montant de la rémunération, en cas de disproportion manifeste entre cette rémunération et les bénéfices du cessionnaire (art. 46 et 47).

Toujours en vue de protéger l'auteur, sont considérées comme nulles aussi bien la cession des droits d'exploitation relatifs à l'ensemble des oeuvres que l'auteur peut créer à l'avenir que les clauses par lesquelles les auteurs s'engagent à ne créer aucune oeuvre à l'avenir (art. 43).

La loi reconnaît comme cas de transmission de droits le contrat d'édition et le contrat de représentation théâtrale et d'exécution musicale. En ce qui concerne le contrat d'édition, le législateur a repris divers articles des sections I et II du chapitre III de la loi n° 9/1975 sur le livre du 12 mars en y ajoutant d'autres dispositions qui prévoient, en particulier, qu'un contrat non rédigé par écrit est frappé de nullité, tout comme est considéré comme nul un contrat qui ne précise pas le nombre d'exemplaires de chaque édition. Citons aussi parmi les nouveautés les dispositions relatives à la rémunération de l'auteur; à cet égard, l'éditeur est tenu de verser à l'auteur la rémunération stipulée et de procéder au moins une fois par an à la liquidation correspondante (art. 64).

Deux éléments ont suscité une certaine réticence de la part du secteur de l'édition. Le premier a trait à l'une des causes d'extinction du contrat d'édition : il est précisé dans la loi que, en tout état de cause, un contrat cesse une fois écoulé "un délai de 15 ans à partir du moment où l'auteur a mis l'éditeur en état de réaliser la reproduction de l'oeuvre" (art. 69.4°), délai que naturellement les éditeurs considèrent comme très court.

La deuxième source de suspicions entre éditeurs et auteurs réside dans la disposition relative à l'établissement d'un contrôle quant au nombre d'exemplaires correspondant à chaque édition de livres. Ce contrôle, dont il est difficile de trouver un équivalent dans les autres législations européennes, Italie mise à part, sera réalisé selon une procédure fixée par voie réglementaire que nous espérons être prochainement en mesure de communiquer aux lecteurs de la présente "Lettre", étant donné que la cinquième disposition additionnelle de la loi prescrit que ledit règlement devra être rédigé et publié dans un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de ladite loi.

Les dispositions relatives au contrat de représentation théâtrale et d'exécution musicale constituent une nouveauté; c'est en effet la première fois, en Espagne, que ce contrat est régi en tant que tel dans le cadre de la législation sur la propriété intellectuelle, même si, comme tout le monde le sait, les relations entre les auteurs et leurs cessionnaires, en ce qui concerne l'exécution et l'interprétation d'oeuvres musicales ou dramatiques, étaient déjà régies dans le règlement de 1880, dont les princi-

paux éléments sont repris dans la nouvelle approche qui a été retenue.

C'est ainsi que s'entremêlent les clauses particulières et traditionnelles qui régissent les relations entre les auteurs et les organisateurs de représentations scéniques et les dispositions qui ont trait à des situations plus actuelles telles que celles relatives à la communication publique de la représentation au moyen de la radiodiffusion. Bien que très proche de par sa méticulosité de la législation italienne ou portugaise, la loi espagnole comporte encore un élément archaïque : il s'agit de la clause qui peut être incorporée dans le contrat de représentation et qui prévoit que le contrat peut être résilié lorsque l'oeuvre a été clairement rejetée par le public. A cet égard, un juge pointilleux s'interrogera avant de décider si ce motif de résiliation du contrat existe effectivement : quand peut-on dire qu'il y a véritablement *rejet* d'une oeuvre déterminée par le public ? Lorsque le public siffle ? Lorsqu'il n'assiste pas aux représentations ? Dans les deux cas ? Il pourrait s'ensuivre une jurisprudence bizarre.

## VI. Les oeuvres audiovisuelles et les programmes d'ordinateur

En ce qui concerne la réglementation des oeuvres cinématographiques, le législateur a choisi l'expression "oeuvres audiovisuelles" pour désigner aussi bien les productions cinématographiques que toute autre création exprimée au moyen d'une série d'images associées, assorties ou non de sons. Ce domaine est peut-être celui qui est le plus épargné par le temps vu qu'il a déjà fait l'objet de dispositions particulières dans la loi de 1966 relative aux droits de propriété intellectuelle sur les oeuvres cinématographiques.

Reprenant les orientations tracées dans quelques législations européennes, la loi indique expressément qui sont les auteurs de l'oeuvre audiovisuelle, c'est-à-dire le réalisateur, les auteurs de l'argument, de l'adaptation et du scénario ou des dialogues, ainsi que les auteurs des compositions musicales, avec ou sans texte, créées spécialement pour cette oeuvre.

En ce qui concerne la titularité des droits sur l'oeuvre audiovisuelle, c'est le principe de la *cessio legis* qui s'applique, les auteurs cédant leurs droits au producteur de l'oeuvre. Par le biais du contrat de production de l'oeuvre audiovisuelle il est présumé que les droits d'exploitation des auteurs sont cédés en exclusivité au producteur. Il existe donc une présomption *juris tantum* en faveur du producteur qui vaut non seulement à l'égard des auteurs de l'oeuvre individuelle proprement dite mais aussi à l'égard des auteurs des oeuvres préexistantes (oeuvres littéraires, musicales, etc.) qui, avec ou



sans transformation, ont été utilisées pour la réalisation de l'oeuvre audiovisuelle.

Un aspect intéressant concerne la rémunération des auteurs afférente à la cession des droits d'exploitation au producteur. Il s'agit d'un droit exceptionnel, reconnu dans de rares législations (la loi française de 1985 le reconnaît pour les oeuvres exposées en public moyennant paiement et la loi italienne le reconnaît uniquement pour les auteurs de compositions musicales, avec ou sans texte), qui a fait son entrée dans le droit espagnol par le biais de la loi de 1966. Il s'agit d'un droit controversé à l'échelon international compte tenu d'une disparité évidente dans son application; la loi espagnole s'efforce de maîtriser la situation en proclamant l'incessibilité de ce droit par actes entre vifs (art. 90), en instituant, sans préjudice de la protection dont bénéficient les auteurs étrangers en application des conventions et traités internationaux, un système fondé sur le principe de la réciprocité et en prévoyant une utilisation spéciale (fins culturelles) pour les montants perçus au titre de ce droit dans le cas de ressortissants d'Etats qui ne garantissent pas un droit équivalent aux auteurs espagnols (art. 145.2).

Il faut enfin souligner la reconnaissance d'une oeuvre qui témoigne d'un esprit créateur et sur laquelle on n'insiste pas suffisamment, à savoir l'"oeuvre radiophonique", qui apparaît soudainement à l'article 94 de la loi, sans avoir été mentionnée dans la liste des oeuvres — non exhaustive — figurant à l'article 10. La notion d'"oeuvre radiophonique" devra à l'avenir faire l'objet de dispositions légales qui en définissent, interprètent et fixent la portée tant sur le plan de la paternité qu'en ce qui concerne d'autres aspects concrets de son exploitation.

En ce qui concerne les programmes d'ordinateur, du fait qu'il s'agit là d'un domaine très nouveau qui demeure sous la haute surveillance des comités d'experts, la loi espagnole se limite à aborder dans leurs grandes lignes les aspects de fond de la protection dont doivent bénéficier les titulaires des droits sur les programmes. Les programmes d'ordinateur y sont définis et la loi étend expressément la protection à la documentation technique et aux manuels d'utilisation. La loi ne comporte en revanche aucune disposition détaillée en ce qui concerne la propriété du programme et les circonstances dans lesquelles il est créé lorsque la création intervient dans le cadre d'un contrat de travail ou de louage de services, contrairement à la loi française de 1985. Néanmoins, en tout état de cause, l'article 51 de la loi est applicable en la matière.

La durée des droits d'exploitation des programmes est fixée à 50 ans. Le droit d'exploitation est assorti, pour les programmes d'ordinateur, d'un élément particulier, à savoir le droit d'utilisation, qui

occupe une place très importante en informatique. La protection est aussi assurée grâce à l'inscription, à titre facultatif, des droits correspondant au registre de la propriété intellectuelle, même s'il est prévu d'adopter — par voie réglementaire — les précautions ou les garanties appropriées pour que les éléments du programme puissent être consultés par le public.

## VII. Le droit de suite

Parmi les droits reconnus pour la première fois dans la législation espagnole relative à la propriété intellectuelle figure le droit de suite, expression dont la traduction en espagnol constitue un des problèmes à résoudre — peut-être le moins important. A des expressions telles que *derecho de secuencia*, *derecho de plusvalía*, etc., nous avons toujours préféré l'expression *derecho de participación* (droit de participation), plus proche de la véritable nature de cette forme de protection.

La part de l'auteur est fixée à deux pour cent du prix de vente de l'oeuvre, à condition que ce prix soit supérieur au montant qui sera fixé "par voie réglementaire". Cela signifie que le législateur espagnol, en ce qui concerne le droit de suite, a choisi le système du prix de vente en lieu et place du critère de la plus-value. Ce droit ne s'applique pas aux manuscrits ni aux arts appliqués. Il ne peut donner lieu ni à une renonciation ni à une transmission et le droit pour l'auteur d'engager une action en réclamation de sa participation se prescrit par trois ans à compter de la date de notification de la revente, qui devra être communiquée à l'auteur par le commissaire-priseur ou l'agent commercial intervenant dans l'opération.

Quel sera le montant du prix de vente à partir duquel il est possible d'exiger le versement du pourcentage prévu ? Cette question doit être réglée par une disposition réglementaire qui, au moment où la présente "Lettre" a été écrite, était en cours d'élaboration. La somme de 200.000 pesetas (environ 2.400 francs suisses) semble être la plus probable. Ce chiffre n'est pas le fruit du hasard mais est le résultat d'un examen approfondi de certains éléments (nature, proportions, prix de soumission, etc.) caractéristiques du marché espagnol des arts plastiques en 1986 et 1987.

## VIII. Un droit particulier : la rémunération ou la redevance perçue au titre de la copie privée

L'institution d'une rémunération en faveur de certains titulaires de droits de propriété intellec-

tuelle du fait des pertes subies en raison de la copie privée constitue aussi l'une des grandes nouveautés consacrées par la loi espagnole en la matière.

Comme d'autres lois qui prévoient le versement de cette rémunération (République fédérale d'Allemagne, Portugal, Islande), la loi espagnole associe le paiement de ces droits aux appareils et au matériel de reproduction ainsi qu'aux supports et autre matériel sur lesquels l'oeuvre est fixée. Le paiement de la rémunération est exigé des fabricants ou des importateurs de ces appareils et de ces supports, à condition que ceux-ci soient destinés à être distribués commercialement en Espagne.

Les bénéficiaires de ce droit sont les auteurs des oeuvres publiées sous forme de livre, de phonogramme, de vidéogramme, ainsi que les éditeurs ou les producteurs de ces oeuvres et les artistes interprètes ou exécutants. On constate par ailleurs que les fabricants ou les importateurs d'appareils de reproduction de productions d'éditeur, à condition qu'il s'agisse d'appareils techniques non typographiques (photocopieuses), devront aussi payer cette rémunération.

En ce qui concerne les procédures applicables pour la collecte de cette rémunération, le calcul de son montant et la fixation des pourcentages en vue de sa répartition et les éventuelles exonérations de paiement, la loi précise que ces points seront traités dans le cadre d'un règlement qui sera élaboré ultérieurement après consultation des représentants des secteurs professionnels intéressés.

Le droit de percevoir une rémunération au titre de la copie privée sera exercé par les organismes de gestion appropriés. A cet égard, la loi rappelle (art. 140) que parmi les activités que ces organismes doivent déployer en faveur de leurs sociétaires figurent précisément les activités de formation et d'encouragement des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants débutants; ils affecteront à ces activités un pourcentage de la rémunération perçue au titre de la copie privée, qui sera fixé également par voie réglementaire.

Ce droit à rémunération sera déterminé par voie réglementaire. Dans cette perspective, l'Administration est déjà entrée en contact avec les représentants des secteurs intéressés. Naturellement, dès les entretiens préliminaires sont apparus les premiers signes d'opposition, principalement de la part des milieux industriels, dont les arguments sont identiques à ceux qui ont été avancés dans d'autres pays qui ont reconnu ce droit (le champ d'application de la rémunération englobera des supports (cassettes) utilisés pour la reproduction d'oeuvres qui ne sont pas couvertes par le droit d'auteur; l'industrie nationale sera pénalisée par l'augmentation du prix des appareils et des supports; les achats des consommateurs diminueront, etc.).

## IX. Autres droits

Le législateur reconnaît pour la première fois en Espagne, au livre II de la loi et sous le titre général "Autres droits de propriété intellectuelle", une série de droits en faveur non plus des auteurs, en tant que principaux protagonistes de la création intellectuelle, mais en faveur d'autres personnes qui contribuent à diffuser et à faire connaître les oeuvres de l'esprit. La variété des termes utilisés pour les désigner dans les diverses législations (droits apparentés, voisins, etc.) et le côté péjoratif de ces termes ont conduit le législateur à opter pour une approche plus conforme à la réalité.

Une valeur croissante est accordée à ces droits depuis quelques années. Ils coexistent avec le droit d'auteur sur l'oeuvre; ils constituent en réalité des formes de propriété intellectuelle dont l'origine et la reconnaissance sont liées au progrès technique. Dans le cadre de la nouvelle loi espagnole, ils intéressent non seulement les trois catégories de bénéficiaires mentionnées dans la Convention de Rome (1961), c'est-à-dire les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion, mais aussi les producteurs d'enregistrements audiovisuels ainsi que l'auteur d'une simple photographie et l'éditeur d'oeuvres inédites tombées dans le domaine public. Dans tous les cas, leur raison d'être tient non seulement au fait qu'ils sont considérés comme des facteurs de progrès culturel mais aussi à l'importance incontestable de leur valeur économique.

La réglementation de ces droits constitue un moyen approprié de prendre en considération, en Espagne, une série d'intérêts propres au monde de l'activité artistique et ignorés jusqu'à présent par l'Administration, puisqu'ils n'étaient défendus en fait, et ce par la voie de la négociation, que par les principaux représentants de l'industrie phonographique espagnole. Fondamentalement parlant, la législation ne fait que consacrer ce qui était déjà reconnu dans la pratique, tout en apportant certaines améliorations, telle que la participation des artistes interprètes ou exécutants aux recettes que tirent les producteurs de phonogrammes de l'utilisation publique de leurs phonogrammes, qui est portée de 10 % à 50 % du total perçu au titre de l'utilisation secondaire des phonogrammes, appelée en Espagne "utilisation publique du phonogramme". Il convient aussi de souligner que la loi reconnaît un genre de "droit moral" aux artistes interprètes ou exécutants en leur permettant de s'opposer à toute mutilation ou déformation de leur prestation pouvant porter atteinte à leur prestige ou à leur réputation.

En ce qui concerne les producteurs de phonogrammes, les dispositions qui les concernent n'appellent aucune remarque particulière, puisque les

dispositions de la nouvelle loi sont proches des orientations consacrées dans le décret ministériel du 10 juin 1942 (confirmé par le décret du 24 avril 1945) et la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (Convention de Genève, du 29 octobre 1971) ratifiée par l'Espagne en 1974.

D'une façon générale, les droits reconnus aux artistes interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes et aux organismes de radiodiffusion sont conformes aux dispositions énoncées dans la Convention de Rome, le législateur se montrant même, en plusieurs occasions, encore plus généreux que la convention. Par ailleurs, la loi témoigne d'un souci d'uniformité en ce qui concerne la durée du droit, qui est fixée à 40 ans dans les trois cas.

Outre ces trois catégories de droits, il est également question dans ce livre II d'autres droits d'importance variable qui visent néanmoins tous à protéger les bénéficiaires que doivent dégager certaines personnes (producteurs d'enregistrements audiovisuels, éditeurs d'oeuvres inédites tombées dans le domaine public, auteurs de photographies, etc.) par suite de l'investissement financier réalisé. A cet égard, il est intéressant de rappeler qu'en ce qui concerne les publications que l'éditeur réalise à partir d'oeuvres et de textes non protégés par le droit d'auteur la possibilité de les protéger par des droits voisins ainsi que le prévoit l'article 70 de la loi sur le droit d'auteur de la République fédérale d'Allemagne s'est présentée à un stade précis de l'élaboration de la loi espagnole. Ce point a été débattu au cours des débats préliminaires dont la loi a fait l'objet lors de son examen par le Parlement et il a finalement été estimé qu'il serait inapproprié de reconnaître en l'occurrence des droits de ce genre.

Était-il prématuré d'examiner la possibilité de reconnaître expressément un droit voisin aux éditeurs sur certaines de leurs productions ? Une initiative de ce genre a probablement été considérée comme prématurée mais il n'est pas moins certain que cette éventualité — ainsi que cela a été souligné pendant la réunion du Comité d'experts OMPI/Unesco de décembre 1987 sur les oeuvres imprimées — apparaît de moins en moins improbable à mesure que progresse l'étude des problèmes de propriété intellectuelle dans des domaines voisins du droit d'auteur. Cela ne signifie pas dans l'absolu que reconnaître ces droits revient à empiéter d'une quelconque façon sur les droits légitimes des auteurs. A cet égard, le législateur espagnol indique expressément que les droits reconnus dans le livre II "ne portent pas atteinte aux droits des auteurs" (art. 121).

Si l'on fait abstraction des considérations touchant à un éventuel élargissement de la portée des droits voisins traditionnels, nous pouvons affirmer

qu'en incluant les droits en question dans sa nouvelle loi, l'Espagne réunit les conditions pour engager les démarches nécessaires en vue de la ratification de la Convention de Rome.

## X. La protection

La mise en oeuvre de la protection des droits reconnus par la loi repose sur plusieurs éléments : utilisation de divers moyens de recours, inscription sur un registre, utilisation des symboles désormais traditionnels © et ®, et enfin, création des organismes appropriés de gestion collective des droits d'auteur.

La possibilité d'utiliser des moyens de recours appropriés constitue à notre avis un des aspects intéressants de la nouvelle loi. Outre deux actions particulières visant, l'une, à faire cesser l'activité illicite et, l'autre, à obtenir une indemnisation pour les dommages matériels et moraux subis, la loi prévoit aussi une procédure de nature préventive visant à mettre fin, de toute urgence, aux infractions commises ou à empêcher celles qui sont sur le point d'être commises.

L'adoption de ces mesures préventives — intervention en vue du dépôt des recettes obtenues illicitement, suspension de l'activité et séquestre des exemplaires produits ou du matériel employé — n'exclut pas pour le demandeur la possibilité d'engager ultérieurement une action judiciaire ordinaire au civil ou au pénal. Il est inutile de souligner l'importance des procédures prévues pour combattre efficacement la piraterie dont font l'objet les oeuvres de l'esprit.

L'enregistrement des oeuvres constitue un domaine qui marque un progrès considérable dans le sens de la modernisation de la loi. La loi espagnole de 1879 liait le droit à la protection des oeuvres de l'esprit à l'inscription des oeuvres dans un registre public juridiquement reconnu, étant entendu que toute oeuvre qui n'était pas inscrite dans le registre en question tombait rapidement dans le domaine public.

L'adhésion de l'Espagne, dès le début, à la Convention de Berne, qui consacre le principe selon lequel la protection des oeuvres ne dépend de l'accomplissement d'aucune formalité, ainsi que la prudence et la sagesse des juges expliquent l'absence de problèmes majeurs dans ce domaine tout au long de ces années. En vertu de la présente loi, ne seront portées au registre de la propriété intellectuelle que des oeuvres inscrites volontairement. Sauf preuve du contraire, les droits enregistrés sont présumés exister et appartenir à leur titulaire sous la forme indiquée dans l'inscription correspondante.

## XI. Régime des organismes de gestion des droits

Un autre élément du régime espagnol de protection des oeuvres de l'esprit a avoir été sensiblement modifié par la nouvelle loi est le régime des organismes de gestion collective des droits d'auteur. Depuis 1941, la Société générale des auteurs d'Espagne (SGAE) exerçait à titre exclusif, sur tout le territoire national, la totalité des activités de gestion correspondant à ces droits; il ne pouvait continuer d'en être ainsi après la promulgation de la Constitution espagnole actuellement en vigueur.

En ce qui concerne les organismes de gestion, le législateur s'est efforcé d'établir un cadre — proche de celui offert par la législation allemande — dans lequel coexisteraient le principe de la liberté d'association et la nécessité, reconnue comme légitime dans les institutions communautaires européennes, de limiter le nombre d'organismes opérant dans ce secteur. Par conséquent, la création d'un organisme de gestion conformément à la loi implique l'autorisation préalable du Ministère de la culture qui n'est accordée que si les conditions énoncées à l'article 133 sont réunies. La situation privilégiée de ces organismes, qui occupent en fait une position dominante sur le marché, est compensée par l'obligation légale d'admettre des sociétaires, de garantir à ces derniers un régime juste sur le plan de la gestion de leurs droits et l'obligation de conclure des contrats avec des tiers en vue de l'utilisation de leur répertoire. Le Ministère de la culture a compétence pour veiller au respect de ces obligations.

Il faut souligner, en relation avec la passation des contrats et les effets de ces contrats, l'obligation pour ces organismes d'établir des tarifs généraux et la création au Ministère de la culture d'une commission arbitrale, dont la compétence s'étend à la totalité du territoire national et à laquelle les organismes de gestion ainsi que les organismes de radio-diffusion et les associations d'utilisateurs du répertoire peuvent s'adresser en cas de conflit.

Quant à la Société générale des auteurs d'Espagne, la septième disposition transitoire de la loi prévoit qu'elle doit rendre conforme ces statuts aux dispositions légales, dans un délai de six mois, pour se transformer en un organisme de gestion. Compte tenu de l'expérience acquise par cette société et de sa structure exceptionnelle en matière de gestion des droits d'auteur, il ne semble pas qu'elle devrait connaître trop de problèmes dans le cadre de ses activités futures. Le véritable déficit sera constitué par l'apparition et l'entrée en fonction d'organismes de gestion opérant dans des secteurs nouveaux — tels que la gestion de droits voisins ou des droits des auteurs d'oeuvres des arts plastiques — dont les premiers pas dans le cadre du système juridique espagnol ne seront pas exempts de difficultés.

## XII. La réforme du code pénal

L'oeuvre réalisée dans le cadre de la nouvelle loi sur la propriété intellectuelle espagnole n'aurait pas été complète si la réglementation des différents droits et de leurs modes de protection ne s'était pas accompagnée d'une initiative indispensable, à savoir la révision des dispositions sanctionnant les infractions commises en la matière.

Dans un premier temps, il avait été envisagé d'incorporer les dispositions pénales dans le chapitre de la nouvelle loi constitué par les dispositions additionnelles. Il a par la suite été décidé, après avoir constaté que certaines des dispositions en question portaient atteinte à l'étendue des droits fondamentaux et des libertés publiques définies dans la Constitution de 1978, de faire de ces dispositions l'objet d'une loi organique modifiant l'article 534 du code pénal.

La réforme de ce code devenait urgente étant donné que la protection contre les délits commis en matière de propriété intellectuelle (et industrielle) relevait d'une rubrique générale sur les atteintes à la propriété : c'est ce que les spécialistes qualifient de "disposition blanche", dont l'application est difficile dans la pratique compte tenu précisément de son caractère général.

En bref, les actes constituant des atteintes aux droits de propriété intellectuelle font l'objet, sur le plan pénal, de sanctions d'une sévérité progressive : est sanctionné tout d'abord par une amende qui conque commet des actes consistant à reproduire, plagier, distribuer ou communiquer en public une oeuvre, sans l'autorisation des titulaires des droits ou de leurs cessionnaires; la sanction est complétée d'une peine d'"arrêt majeur" (*arresto mayor*) en cas de circonstance aggravante; tel est par exemple le cas lorsque l'acte en question est commis dans un but lucratif ou porte atteinte aux droits moraux de l'auteur en ce qui concerne la divulgation de l'oeuvre, la paternité ou l'intégrité de celle-ci. La peine maximale encourue consiste en une peine d'emprisonnement de trois mois à six ans (*prisión menor*) qui est prononcée lorsque le préjudice économique ou le dommage causé est particulièrement grave. Par ailleurs, l'amende atteindra en l'occurrence un montant de 50.000 à 3.000.000 de pesetas.

Tel est le régime de protection applicable — au civil et au pénal — aux droits de propriété intellectuelle. Il appartient maintenant aux juges et aux tribunaux d'en tester l'efficacité au moyen de leurs décisions.

## Conclusion

La promulgation de la nouvelle loi a eu un grand retentissement aussi bien dans les milieux juridi-

ques professionnels que dans les mass media. Quelques facultés de droit ont commencé de tenir des séminaires de propriété intellectuelle et il a déjà été proposé de publier des livres sur la question ou tout au moins d'y consacrer des numéros spéciaux de revues à caractère professionnel. Par ailleurs, est apparu en Espagne, pendant l'examen du projet de loi par le Parlement, le premier organisme chargé de défendre et de protéger le droit d'auteur, à savoir l'Association littéraire et artistique pour la défense du droit d'auteur (ALADDA), qui s'est créée au sein du groupe espagnol de l'ALAI.

Il ne faut pas s'étonner non plus du retentissement de la loi dans les mass media, compte tenu du fait que quelques dispositions de la loi ont trait expressément à la protection des oeuvres utilisées dans les médias. Cela a occasionné quelques difficultés étant donné que dans certains cas, la façon dont a été traité ce sujet — par exemple dans la presse — risquait de donner une image déformée d'un problème concret. Toutefois, cette situation tenait davantage à une analyse superficielle qu'à des a priori.

Quoi qu'il en soit, l'évocation de la loi dans les médias a eu un résultat positif : pour la première fois, la société a été sensibilisée dans une certaine mesure aux problèmes qui se posent à l'heure actuelle dans le domaine du droit d'auteur, c'est-à-dire l'ampleur des infractions et l'importance que revêt ce fléau économique que constitue la piraterie ou la reprographie illégale. A cet égard, les divers milieux professionnels ont étroitement collaboré à cette sensibilisation de la société.

Tout au long de l'élaboration de la loi, ces milieux et les pouvoirs publics ont entretenu des rela-

tions fécondes. Cela a permis d'arriver à un texte qui bénéficie d'un large soutien puisqu'il satisfait la quasi-unanimité des milieux intéressés. Un tel résultat a pu être atteint grâce à des contacts répétés avec les représentants des auteurs, des éditeurs, des producteurs, des artistes, des organismes de radio-diffusion, des associations professionnelles, etc. En outre, nous avons pu bénéficier, au moment de cerner la portée de deux ou trois points difficiles à interpréter, du précieux concours du directeur général de l'OMPI qui a aplani les difficultés en indiquant la solution appropriée.

La loi étant promulguée, il reste maintenant à attendre que soient édictées les dispositions nécessaires à sa pleine application. L'Administration (le Ministère de la culture) n'a pas l'intention d'élaborer un règlement d'exécution de caractère général, préférant préciser grâce à des dispositions spécifiques les éléments qu'il est prévu de régir par voie réglementaire; il en va par exemple ainsi du droit de suite (art. 24), du droit à rémunération pour la copie privée (art. 25), du contrôle du nombre d'exemplaires — pour chaque édition de livres — (art. 72), des conditions d'inscription des programmes d'ordinateur au registre de la propriété intellectuelle (art. 100), de la structure et du fonctionnement de ce registre (art. 130) et de la composition de la Commission arbitrale des droits de propriété intellectuelle (art. 143).

Les dispositions correspondantes devraient être édictées dans un proche avenir et nous en rendrons compte au fur et à mesure qu'elles seront promulguées.

*(Traduction de l'OMPI)*

## Réunions de l'OMPI

### Réunions de l'OMPI

( Cette liste ne contient pas nécessairement toutes les réunions de l'OMPI et les dates peuvent faire l'objet de modifications. )

#### 1988

- 7-22 novembre (Genève)**      **Comité d'experts sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés (quatrième session)**  
 Le comité examinera une version révisée du projet de traité sur la protection de la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés et des études portant sur les points définis par les pays en développement.  
*Invitations* : Etats membres de l'OMPI ou de l'Union de Paris et, en qualité d'observateurs, d'autres Etats membres de l'Union de Berne ainsi que des organisations intergouvernementales et non gouvernementales.
- 14-22 novembre (Genève)**      **Réunion préparatoire de la Conférence diplomatique pour la conclusion d'un traité sur la protection de la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés**  
 La réunion préparatoire décidera quels documents de base seront soumis à la conférence diplomatique — laquelle est prévue pour mai 1989 à Washington, D.C. — et quels Etats et organisations y seront invités. Elle arrêtera aussi un projet de règlement intérieur de la conférence.  
*Invitations* : Etats membres de l'OMPI ou de l'Union de Paris et, en qualité d'observateurs, des organisations intergouvernementales.
- 5-7 décembre (Genève)**      **Union de Madrid : Comité préparatoire de la Conférence diplomatique pour la conclusion de deux protocoles relatifs à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques**  
 Le comité préparera la conférence diplomatique prévue pour 1989 (en établissant la liste des Etats et organisations à inviter, le projet d'ordre du jour, le projet de règlement intérieur, etc.).  
*Invitations* : Etats membres de l'Union de Madrid ainsi que le Danemark, la Grèce, l'Irlande et le Royaume-Uni.
- 12-16 décembre (Genève)**      **Comité d'experts sur l'harmonisation de certaines dispositions des législations protégeant les inventions (cinquième session; deuxième partie)**  
 Le comité continuera d'examiner un projet de traité sur l'harmonisation de certaines dispositions des législations protégeant les inventions.  
*Invitations* : Etats membres de l'Union de Paris et, en qualité d'observateurs, Etats membres de l'OMPI qui ne sont pas membres de l'Union de Paris ainsi que certaines organisations.
- 12-16 décembre (Genève)**      **Comité exécutif de coordination du PCIPI (Comité permanent chargé de l'information en matière de propriété industrielle) (troisième session)**  
 Le comité examinera l'état d'avancement des tâches inscrites au Programme permanent d'information en matière de propriété industrielle pour la période biennale 1988-1989. Il examinera les recommandations des groupes de travail du PCIPI et réexaminera leurs mandats.  
*Invitations* : Etats et organisations membres du Comité exécutif de coordination et, en qualité d'observateurs, certaines organisations.
- 9 décembre (Genève)**      **Réunion d'information, destinée aux organisations non gouvernementales, sur la propriété intellectuelle**  
 Lors de cette réunion officieuse, les participants seront informés sur les récentes activités et les plans de l'OMPI dans les domaines de la propriété industrielle et du droit d'auteur et seront invités à faire part de leurs observations à ce propos.  
*Invitations* : organisations internationales non gouvernementales ayant le statut d'observateur auprès de l'OMPI.

**1989****20 février – 3 mars (Genève)****Comité d'experts sur les dispositions types de législations dans le domaine du droit d'auteur**

Le comité élaborera dans le domaine des oeuvres littéraires et artistiques des normes pour les législations nationales sur la base de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques.

*Invitations* : Etats membres de l'Union de Berne ou de l'OMPI et, en qualité d'observateurs, certaines organisations.

**3–7 avril (Genève)****Comité permanent de l'OMPI chargé de la coopération pour le développement en rapport avec le droit d'auteur et les droits voisins (huitième session)**

Le comité examinera et évaluera les activités menées dans le cadre du Programme permanent de l'OMPI concernant la coopération pour le développement en rapport avec le droit d'auteur et les droits voisins depuis sa dernière session (mars 1987) et fera des recommandations sur l'orientation future de ce programme.

*Invitations* : Etats membres du comité et, en qualité d'observateurs, Etats membres de l'Organisation des Nations Unies qui ne sont pas membres du comité ainsi que certaines organisations.

**1<sup>er</sup>–5 mai (Genève)****Comité permanent de l'OMPI chargé de la coopération pour le développement en rapport avec la propriété industrielle (treizième session)**

Le comité examinera et évaluera les activités menées dans le cadre du Programme permanent de l'OMPI concernant la coopération pour le développement en rapport avec la propriété industrielle depuis sa dernière session (mai 1988) et fera des recommandations sur l'orientation future de ce programme.

*Invitations* : Etats membres du comité et, en qualité d'observateurs, Etats membres de l'Organisation des Nations Unies qui ne sont pas membres du comité ainsi que certaines organisations.

**8–26 mai (Washington, D.C.)****Conférence diplomatique pour la conclusion d'un traité sur la protection de la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés**

La conférence diplomatique négociera et adoptera un traité sur la protection des schémas de configuration des circuits intégrés. Les négociations se dérouleront à partir d'un projet de traité élaboré par le Bureau international. Le traité vise à prévoir un traitement national en ce qui concerne la protection des schémas de configuration des circuits intégrés et à fixer certaines normes à cet égard.

*Invitations* : Etats membres de l'OMPI ou de l'Union de Paris et, en qualité d'observateurs, certaines organisations.

**Autres réunions en matière de droit d'auteur et/ou de droits voisins****Organisations non gouvernementales****1988****14–20 novembre (Buenos Aires)**

Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC) : Congrès

**1989****26–30 septembre (Québec)**

Association littéraire et artistique internationale (ALAI) : Congrès

