

## Le droit moral aux États-Unis

Daniel Gervais\*

*« American copyright law, as presently written, does not recognize moral rights or provide a cause of action for their violation, since the law seeks to vindicate the economic, rather than the personal, rights of authors. »<sup>1</sup>*

INTRODUCTION . . . . .	285
Première partie – Le droit moral dans la législation états-unienne . . . . .	285
1.1 L'émergence de l'article 106A. . . . .	285
1.2 Le droit des marques . . . . .	289
1.3 Application pratique de l'article 106A . . . . .	290
1.4 Les fondements de l'opposition états-unienne au droit moral . . . . .	291

© Daniel Gervais, 2013.

\* Docteur en droit (Nantes), professeur titulaire, École de droit, Université Vanderbilt, membre de *l'Academia Europaea*. L'auteur remercie la professeure Jane Ginsburg (Université Columbia) de son apport précieux à la préparation de cet article.

1. *Gilliam c. American Broadcasting Company*, 538 F.2d 14 (2d Cir. 1976), p. 24. Cet arrêt précède l'adoption de l'article 106A (présenté ci-dessous) et la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Dastar* (également présentée ci-dessous).

Deuxième partie – Évolution possible du droit moral aux États-Unis . . . . .	294
2.1 Amender l'article 106A . . . . .	295
2.2 Faut-il réinterpréter l'article 106A ? . . . . .	298
2.3 L'approche portoricaine . . . . .	299
CONCLUSION . . . . .	300

## INTRODUCTION

L'opposition des États-Unis à la Convention de Berne pendant plus d'un siècle<sup>2</sup> avait deux cibles précises, à savoir le droit moral et la règle interdisant les formalités obligatoires<sup>3</sup>. Le gouvernement américain a néanmoins réussi en 1988, en utilisant la carte de la nécessité d'une protection du droit d'auteur dans les autres pays, à rejoindre les autres membres de l'Union de Berne, ce qui l'a obligé à réduire l'importance des formalités (en particulier pour les auteurs étrangers) et à ajouter quelques gouttes de droit moral à la sauce du *copyright*.

Je propose au lecteur de commencer notre point sur le droit moral aux États-Unis par un rappel historique de l'entrée du droit moral dans la loi américaine, suivi d'un bref survol des raisons pour lesquelles le droit moral a été si difficile à implanter en sol états-unien. Dans une seconde partie de notre article, nous passerons en revue quelques suggestions pour améliorer la situation.

## PREMIÈRE PARTIE

### LE DROIT MORAL DANS LA LÉGISLATION ÉTATS-UNIENNE

#### 1.1 L'émergence de l'article 106A

Le droit moral, si tant est qu'il existe dans la *Loi sur le droit d'auteur* des États-Unis<sup>4</sup>, est d'abord et avant tout celui contenu

---

2. Soit de septembre 1886 (date de signature de la Convention) jusqu'à l'adhésion états-unienne le 16 novembre 1988 (date d'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1989). On pourrait ajouter, au niveau politique, le fait que les États-Unis n'avaient pas participé activement à la négociation et qu'ils devaient donc accepter le traité tel quel lors d'une éventuelle adhésion.

3. Articles 6*bis* et 5(2) de la Convention (Acte de Paris, 1971).

4. Je suis la recommandation de l'OMPI qui a ainsi traduit le titre du *Copyright Act of the United States*, titre 17 du *Code des États-Unis d'Amérique* (ci-après « la Loi »). Cf. <[http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file\\_id=130043](http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=130043)>. Nous verrons

dans l'article 106A de la Loi. Ce texte fut ajouté par la *Loi de 1990 sur les droits des artistes du domaine des arts visuels*<sup>5</sup>.

L'article 106A ne correspond pas à l'article 6bis(1) de la Convention de Berne et ce, pour plusieurs raisons. En premier lieu il ne s'applique qu'aux œuvres des arts visuels, que la Loi définit comme suit :

[Traduction] [...] une peinture, un dessin, une estampe ou une sculpture, existant en un seul exemplaire ou en une série limitée de 200 exemplaires au maximum signés et numérotés de façon continue par l'auteur, ou, dans le cas d'une sculpture, en 200 exemplaires au maximum coulés, taillés ou fabriqués, qui sont numérotés de façon continue par l'auteur et portent la signature ou une autre marque d'identification de celui-ci, ou 2) une image photographique fixe réalisée uniquement à des fins d'exposition, existant en un seul exemplaire signé par l'auteur ou en une série limitée de 200 exemplaires au maximum signés et numérotés de façon continue par l'auteur.<sup>6</sup>

En outre, cette définition est accompagnée d'exclusions importantes du champ d'application de l'article 106A, à savoir : les « affiches, les cartes géographiques, les globes, les graphiques, les dessins techniques, les diagrammes, les maquettes, les œuvres des arts appliqués, les films cinématographiques ou autres œuvres audiovisuelles, les livres, les magazines, les journaux, les périodiques, les bases de données, les services d'information électroniques, les publications électroniques ou publications analogues »<sup>7</sup>, les articles de marchandisage ou matériaux publicitaires, ainsi que les fameuses « works made for hire », c'est-à-dire les œuvres créées soit par un employé, soit dans le cadre d'un contrat de louage de services et dont l'« auteur » (toujours selon la Loi) est en fait l'employeur et donc bien souvent une personne morale<sup>8</sup>. En second lieu, l'article 106A(9)

ci-dessous que le droit moral (ou son équivalent) peut aussi trouver sa source dans le droit des marques ou même dans la common law.

5. *Visual Artists Rights Act of 1990* (ci-après « VARA »).

6. Loi, articles 101 et 106A(a). Traduction de l'OMPI. Voir Tanja MAKOVEC PETRIK, « Moral Rights of Composers: The Protection of Attribution and Integrity Available to Musicians in the European Union and the United States », (2012) 22 *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* 359, 369.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.* Il y a plusieurs autres exceptions notamment en ce qui concerne la conservation des œuvres, etc. Voir Nathan DAVIS, « As Good as New: Conserving Artwork and the Destruction of Moral Rights », (2011) 29 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 215, 221-229. On reconnaîtra d'emblée que les entreprises, malgré leur appartenance à la catégorie des personnes dites « morales », ne jouissent pas d'un droit moral.

permet à l'auteur d'une œuvre des arts visuels d'en revendiquer la paternité et d'interdire l'utilisation de son nom sur une œuvre des arts visuels qu'il n'a pas créée mais seulement si 200 exemplaires au maximum existent.

Enfin, le droit contenu à l'article 106A ne dure que pendant la vie de l'auteur et il peut faire l'objet d'une renonciation<sup>9</sup>. On a donc pu qualifier à juste titre l'article 106A de droit moral « pingre »<sup>10</sup>.

Cette tentative frileuse de créer un droit moral s'explique en partie par son but réel, soit l'apaisement des partenaires des États-Unis au sein de l'Union de Berne :

The restrictive manner by which VARA concedes moral rights is a dead giveaway that the law's enactment is not the United States' first step towards embracing moral rights, but rather an almost forced acknowledgement of their existence that will hopefully appease the international community.<sup>11</sup>

On peut aussi considérer l'OMPI en partie responsable de cet état de fait. Certes, pour l'OMPI, le but premier était de s'assurer de la participation des États-Unis à l'une des deux principales conventions qu'elle administre<sup>12</sup>. Cela explique peut-être la lettre envoyée par le directeur général de l'OMPI de l'époque, Arpad Bogsch, au Sénat des États-Unis<sup>13</sup>, dans laquelle il écrivit ceci :

It is not necessary for the United States of America to enact statutory provisions on moral rights in order to comply with Article 6bis of the Berne Convention. The requirements under this Article can be fulfilled not only by statutory provisions in a copyright statute but also by common law and other statutes. I believe that in the United States the common law and such statutes (section 43(a) of the Lanham Act) contain the necessary law to fulfill any obligation for the United States under Article 6bis. There are several countries of the common law sys-

9. Loi, articles 106A(d) et (e). Voir Albert FANG, « Let Digital Technology Lay the Moral Right of Integrity to Rest », (2011) 26 *Connecticut Journal of International Law* 457, 462-463.

10. « *Stingy* ». Robert C. BIRD, « Moral Rights: Diagnosis and Rehabilitation », (2009) 46 *American Business Law Journal* 407, 428-429.

11. Amanda COLLAZO MAGUIRE, « Puerto Rico's Author's Moral Rights Law of 2012: A Model for Federal Recognition and the Protection of Authors' Moral Rights », (2011) 51:1 *Revista de Derecho Puertorriqueno* 187, 193.

12. L'autre étant bien évidemment la Convention de Paris en matière de propriété industrielle.

13. Le Sénat a la responsabilité constitutionnelle d'autoriser la ratification des traités internationaux par les États-Unis.

tem, and among them the United Kingdom (that joined the Convention exactly 100 years ago) that are bound by the Berne Convention, including its Article 6bis, which have never had and do not have at the present time statutory provisions on moral rights.<sup>14</sup>

En somme, le directeur général de l'OMPI était d'avis que le VARA n'était même pas nécessaire. Comment l'expliqua-t-il ? À l'époque, il y avait de nombreuses lois dans certains des 50 États américains qui protégeaient le droit d'attribution et même, dans certains cas, le droit à l'intégrité de l'œuvre<sup>15</sup>. Son opinion reflétait un point de vue semblable exprimé par le professeur Melville Nimmer<sup>16</sup>. Celui-ci mentionne aussi la possibilité qu'un contrat passé avec l'auteur ou le droit d'adaptation puissent venir en aide à l'auteur.

Si le VARA a uniformisé la législation américaine en la matière, au moins pour les œuvres des arts visuels, il a aussi permis de débattre de la valeur du droit moral<sup>17</sup>. En effet, certains membres du Congrès ne sont pas restés insensibles aux revendications plus fondamentales des auteurs. On a pu, par exemple, entendre feu le sénateur Edward Kennedy déclarer ce qui suit :

Artists in America...have been the recorders and preservers of the national spirit... Visual artists create unique works. If those works are mutilated or destroyed, they are irreplaceable.<sup>18</sup>

Il n'en demeure pas moins que le droit moral contenu dans la *Loi sur le droit d'auteur* a une portée bien limitée. D'autres pistes de solution s'offrent aux auteurs, notamment le droit des marques.

14. *The Berne Convention: Hearings Before the Subcommittee on Patents, Copyrights and Trademarks of the Committee on the Judiciary United States Senate on S. 1301 and S. 1971*, 100<sup>e</sup> Congrès, 2<sup>e</sup> Session, à la page 323 (1988) (Lettre de Arpad Bogsch à Irwin Karp, président de la 'Convention nationale', datée du 16 juin 1987).
15. Bird décrit la situation avant le VARA comme un méli-mélo (« *hodge-podge* ») ; BIRD, note 10, *supra*, p. 427-428.
16. Melville B. NIMMER, « The United States Copyright Law and the Berne Convention: The Implications of the Prospective Revision of Each » (1966), 2 *Copyright* 94.
17. Voir Nathan MURPHY, « Theme and Variations: Why the Visual Artists Rights Act Should Not Protect Works-In-Progress », (2010) 17 *UCLA Entertainment Law Review* 110, 116.
18. H.R. Rep No. 101-514, p. 9 (1990), 1990 *U.S.C.C.A.N.* 6915, 6919. Voir aussi Robert C. BIRD *et al.*, « Protecting Moral Rights in the United States and the United Kingdom: Challenges and Opportunities Under the U.K.'s New Performances Regulations », (2006) 24 *Boston University International Law Journal* 213, 219.

## 1.2 Le droit des marques

On comprendra peut-être un peu mieux l'opinion exprimée par Arpad Bogisch dans la lettre citée précédemment lorsqu'on prend en compte le fait qu'il était tenu pour acquis que la *Loi sur les marques de commerce*<sup>19</sup> peut servir à protéger au moins le droit d'attribution. Le fait de modifier le nom de l'auteur peut en effet constituer une infraction civile (et même pénale) en raison de la fausse indication de provenance<sup>20</sup>. L'article 1125(a) de la *Loi sur les marques* interdit a *false designation of origin, or any false description or representation* en relation avec un produit ou service<sup>21</sup>.

Malheureusement, en 2003, la Cour suprême des États-Unis a rejeté catégoriquement cette interprétation favorable au droit d'attribution des auteurs dans l'affaire *Dastar Corp. c. Twentieth Century Foxfilm Corp.*<sup>22</sup>. Dastar avait « repackagé » des séquences audiovisuelles de la Seconde Guerre Mondiale qui était dans le domaine public et il n'« avait pas mentionné que ces séquences provenaient d'un coffret mis sur le marché par la demanderesse Foxfilm. Le défendeur (Dastar) n'était donc pas un auteur au sens propre, ce qui selon certains observateurs limite la portée de la décision<sup>23</sup>. Cet argument est difficile à concilier avec le texte de la décision. La Cour, sous la plume du juge Scalia, rejette l'idée que l'auteur d'un « produit destiné à la communication » puisse être considéré comme l'origine ou la source du produit aux fins du droit des marques :

As used in the Lanham Act, the phrase 'origin of goods' is in our view incapable of connoting the person or entity that originated the ideas or communications that 'goods' embody or contain. Such an extension would not only stretch the text, but it would

19. Aussi connue comme le *Lanham Act*, Titre 15 du *Code des États-Unis d'Amérique*.

20. Voir Brooke BOVE, « Moral Rights: The Moral of the Story Both For Authors and Publishers », (2011) 32 *Whittier Law Review* 335, 344 ; Claire LEONARD, « Copy-right, Moral Rights, and the First Amendment: The Problem of Integrity and Compulsory Speech », (2012) 35 *Columbia Journal of Law & Arts* 293, 297 et Joseph BECK *et al.*, « Digital Age Claims for Old-World Rights », (2009) 17 *Intellectual Property Law* 6, 11 et Kenneth PORT, « The Expansion Trajectory: Trademark Jurisprudence in the Modern Age », (2010) 92 *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 474.

21. Titre 15 du *Code des États-Unis d'Amérique*.

22. 540 U.S. 806 (2003).

23. Voir Mira Sundara RAJAN, « Creative Commons: America's Moral Rights », (2011) 21 *Fordham Intellectual Property Median & Entertainment Law Journal* 905, 916-918.

be out of accord with the history and purpose of the Lanham Act and inconsistent with precedent.<sup>24</sup>

La Cour enfonce le clou en déclarant qu'il faut par principe séparer les domaines du droit d'auteur et du droit des marques :

[Une telle interprétation] causes the Lanham Act to conflict with the law of copyright, which addresses that subject specifically.<sup>25</sup>

Dans la foulée de *Dastar c. Foxfilms*, les commentateurs ont été nombreux aux États-Unis à claironner (et certains, plus rares, à déplorer) la mort du droit moral au-delà de la petite zone de protection établie par la VARA<sup>26</sup> et de certains cas (vol, appropriation illícite, etc.) dans lesquels le droit des délits pourrait éventuellement venir à la rescousse d'un auteur floué<sup>27</sup>. Le Congrès a mentionné cette hypothèse lors de la ratification de la Convention<sup>28</sup>. On a ainsi suggéré le recours au procès en diffamation<sup>29</sup>. Il est néanmoins permis de douter de la portée réelle de la *common law* dans ce domaine<sup>30</sup>.

### 1.3 Application pratique de l'article 106A

Reste donc *first and foremost* l'article 106A (VARA). A-t-il été interprété de façon large et libérale après le retrait forcé du droit des marques ? Force est de constater que l'inverse semble s'être produit. Le VARA se rétrécit en effet comme une peau de chagrin. Les tribunaux comprennent à l'évidence assez mal tant le but que le contenu

24. 540 U.S. 806 (2003).

25. *Ibid.*

26. Voir BIRD, note 10, p. 423 ; RAJAN, note 23, p. 914 et 919 ; Aaron WHITE, « The Copyright Tree: Using German Moral Rights as the Roots for Enhanced Authorship Protection in the United States », (2009) 9 *Loyola New Orleans Law & Technology Annual* 30, 60-62 et LEONARD, note 20, p. 297.

27. BOVE, note 20, p. 343 et 360 ; BIRD, *loc. cit.*, p. 422 et Peter DECHENEY, « Auteurism on Trial: Moral Rights and Films on Television », (2011) 2 *Wisconsin Law Review* 273, 280.

28. WHITE, note 26, p. 49-50.

29. BOVE, note 20, p. 361.

30. Il y a néanmoins des cas bien précis dans lesquels la *common law* offre des pistes de solution. Voir Gerald DWORKIN, « The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries », (1995) 19 *Columbia-Journal of Law & the Arts* 229 ; Cassandra SPANGLER, « The Integrity Right of an MP3 : How the Introduction of Moral Rights into U.S. Law Can Help Combat Illegal Peer-to-Peer Music File Sharing », (2009) 39 *Seton Hall Law Review* 1299, 1309 et COLLAZO MAGUIRE, note 11, p. 192-194.



du droit contenu dans l'article 106A. On lui a reproché son caractère flou (notamment les notions d'intégrité et de réputation de l'auteur)<sup>31</sup>. Nombreux sont les auteurs qui se sont ainsi butés à un mur d'incompréhension judiciaire<sup>32</sup>.

On a aussi soutenu que le VARA devait être appliqué avec circonspection, car il s'agit d'une notion juridique étrangère greffée au droit états-unien sans qu'on comprenne bien pourquoi :

In spite of these global trends, domestic resistance remains... There is little doubt that, if necessary, such hostility would be aggressively wielded against citation of foreign moral rights precedent, particularly as the doctrine is perceived as essentially non-American — and French, no less. There is thus likely little congressional support for further strengthening of moral rights.<sup>33</sup>

Compte tenu de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Dastar* et de l'interprétation stricte de l'article 106A (dont le contenu est au demeurant minimaliste), il est raisonnable de soutenir que les États-Unis sont en violation de leurs obligations de protéger le droit moral prévu par l'article 6*bis* de la Convention de Berne même en interprétant l'article 6*bis*(3) de façon large et libérale. La plupart des commentateurs s'entendent sur le manque de conformité de la législation états-unienne dans ce domaine<sup>34</sup>. Cette violation n'est cependant pas du ressort de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, puisque l'*Accord sur les aspects des droits de propriété qui touchent au commerce* (ADPIC or TRIPS) prévoit que les membres de l'OMC « n'auront pas de droits ni d'obligations au titre du présent accord en ce qui concerne les droits

31. Voir Lior ZEMER, « Moral Rights: Limited Edition », (2011) 91 *Boston University Law Review* 1519, 1527 et DAVIS, note 8, p. 223-224.

32. Après avoir fait le tour des principaux arrêts, Murphy conclut, par exemple, que le VARA a été « *remarkably unsuccessful* » : MURPHY, note 17, p. 111. Voir aussi BIRD, *loc. cit.*, p. 429 ; DAVIS, note 8, p. 224-225 ; WHITE, note 26, p. 60-62 et BECK, note 20, p. 13.

33. BIRD, note 10, p. 416.

34. Voir Jacqueline LIPTON, « Moral Rights and Supernatural Fiction: Authorial Dignity and the New Moral Rights Agendas », (2011) 21 *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* 537, 538-539 ; Collazo MAGUIRE, note 11, p. 193 ; WHITE, note 26, p. 30 et 50-51 ; ZEMER, note 31, p. 1527 ; MURPHY, note 17, p. 115-116 et SPANGLER, note 30, p. 1307-1308. *Contra*, voir Elizabeth M. BOCK, « Using Public Disclosure as the Vesting Point for Moral Rights Under the Visual Artists Rights Act », (2011) 110 *Michigan Law Review* 153, 159.

conférés par l'article 6bis de ladite Convention ou les droits qui en sont dérivés »<sup>35</sup>.

#### 1.4 Les fondements de l'opposition états-unienne au droit moral

D'où provient l'opposition au droit moral, que le Congrès a soutenu du bout des lèvres en adoptant le VARA ? Plusieurs des arguments soutenus par les opposants invoquent la Constitution et, en particulier, son Premier amendement, qui garantit la liberté d'expression. On pense aussi à la clause qui permet au Congrès (donc au gouvernement fédéral) de légiférer en matière de droit d'auteur qui impose comme condition que cela favorise le « progrès de la science et des arts utiles »<sup>36</sup>. La professeure Lipton a écrit à ce propos que « it may be the case that the United States is not in a position to fully comply with its Berne obligations consistently with its own Constitution »<sup>37</sup>.

L'incompatibilité éventuelle entre droit moral et liberté d'expression est mentionnée par plusieurs auteurs<sup>38</sup>. Étonnamment, bien peu d'observateurs ont relevé que le même argument a été utilisé dans le passé pour essayer de limiter les droits patrimoniaux, mais que la Cour suprême l'a rejeté, qualifiant même le droit d'auteur (version *copyright*) de « moteur de la liberté d'expression »<sup>39</sup>. On peut aussi envisager sans trop de difficulté que des exceptions soient faites au droit moral pour protéger la liberté d'expression comme il en existe pour les droits patrimoniaux, que ce soit le *fair use* ou une exception plus précise. Rien dans la Convention de Berne ne fait du droit moral un droit absolu<sup>40</sup>.

35. Accord sur les ADPIC (1994), annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, article 9.1. Voir aussi Daniel GERVAIS, *L'Accord sur les ADPIC : Propriété intellectuelle à l'OMC*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 231-238.

36. *Constitution des États-Unis d'Amérique*, art. 1, clause 8, et Premier Amendement (1791). Le Premier Amendement se lit comme suit : « *Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour le redressement de ses griefs.* »

37. LIPTON, note 34, p. 577-578.

38. Albert FANG, « Let Digital Technology Lay the Moral Right of Integrity to Rest », (2011) 26 *Connecticut Journal of International Law* 457, 462 ; SPANGLER, note 30, p. 1313-1315.

39. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* (1985), 471 U.S. 539, 558.

40. Voir p. ex. l'article 6bis(3). Le *Guide de la Convention de Berne*, Genève, OMPI, 1971, qui évoque aussi la marge de manœuvre des tribunaux à cet égard.

S'agissant de la clause constitutionnelle qui octroie au Congrès le pouvoir de légiférer en matière de droit d'auteur et de brevets d'invention<sup>41</sup>, son interprétation ne fait pas l'unanimité<sup>42</sup>. Malgré cela, la clause a été invoquée à plusieurs reprises pour s'opposer au droit moral, vu ici comme une pure protection des auteurs sans contrepartie sociétale (donc sans promotion du progrès, etc.)<sup>43</sup>. Pour contrer cet argument, la professeure Kwall a exprimé l'avis que le fait de reconnaître le droit moral promeut le progrès de la science puisqu'il permet au public de savoir que l'œuvre qui lui est livrée est bien celle de l'auteur (intégrité), et d'un auteur que ce public peut identifier (attribution)<sup>44</sup>. La professeure Ginsburg a soutenu que le droit moral crée des conditions propices à la création, parce que les auteurs savent que leurs œuvres seront respectées<sup>45</sup>.

Dans la même ligne de pensée que ces arguments de nature constitutionnelle, on a aussi soutenu que le droit moral doit être rejeté, car il limite la possibilité reconnue par les tribunaux en matière de *fair use* de transformer une œuvre préexistante sans l'autorisation de l'auteur, ce que le droit moral (attribution et intégrité) semble interdire<sup>46</sup>. Il est difficile de trouver des exemples convaincants de ce genre de situation. En outre, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, rien n'interdit à un État-membre de l'Union de Berne de prévoir des exceptions raisonnables au droit moral comme aux droits patrimoniaux, par exemple une exception pour permettre les parodies.

Enfin, une autre série d'attaques anti-droit moral utilisent comme munition la sacrosainte liberté contractuelle. On prétend que

- 
41. On notera d'ailleurs que le fait que droit d'auteur et propriété industrielle soient mis sur le même pied est en soi un signe de la nature économique ou utilitariste de ces droits.
  42. Voir Dotan OLIAR, « Making Sense of the Intellectual Property Clause: Promotion of Progress as a Limitation on Congress's Intellectual Property Power », (2006) 94 *Georgetown Law Journal* 1771.
  43. Voir Lawrence Adam BREYER, « Intentionalism, Art, and the Suppression of Innovation : Film Colorization and the Philosophy of Moral Rights », (1988) 82 *Northwestern University Law Journal* 1001, 1070 et s. et Geri J. YONOVER, « Artistic Parody: The Precarious Balance: Moral Rights, Parody, and Fair Use », (1996) 14 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 79.
  44. Voir Roberta KWALL, *The Soul of Creativity: Forging a Moral Rights Law for the United States*, Palo Alto, CA, Stanford University Press, 2010, p. 57.
  45. Voir Jane C. GINSBURG, « Moral Rights in a Common Law System », (1990) 1 *Entertainment Law Review* 121.
  46. Cette notion de transformation est en fait devenue depuis quelques années le cœur de l'analyse dans la plupart des affaires de *fair use*. Voir R. Anthony REESE, « Transformativeness and the Derivative Work Right », (2008) 31 *Columbia Journal of Law & Arts* 467.

le fait de créer un droit moral, surtout s'il ne peut pas être cédé par l'auteur, est incompatible avec la philosophie juridique américaine selon laquelle tout droit de la nature d'un droit de propriété doit être cessible<sup>47</sup>. On ajoute du même souffle que les auteurs peuvent bénéficier de cette liberté. Un auteur « connu » peut utiliser son pouvoir de négociation pour se faire reconnaître par contrat l'équivalent fonctionnel d'un droit moral, du moins par le ou les utilisateurs professionnels avec qui il ou elle a des relations contractuelles<sup>48</sup>. Cette protection semble autant précaire qu'éphémère, puisqu'elle n'a aucun effet sur les acquéreurs éventuels qui ne sont pas parties au contrat. Elle pourrait cependant être plus pertinente dans le cas de licences dites « virales »<sup>49</sup>.

Ces éléments, même s'ils ne sont pas tous convaincants (loin s'en faut), permettent sans doute d'expliquer la réticence des tribunaux états-uniens à appliquer le chétif droit contenu dans l'article 106A de la Loi.

## DEUXIÈME PARTIE

### ÉVOLUTION POSSIBLE DU DROIT MORAL AUX ÉTATS-UNIS

Plusieurs observateurs ont proposé des parades à la disparition du droit des marques de l'arsenal législatif des auteurs aux États-Unis. Certaines de celles-ci passent par une réinterprétation de l'article 106A ou par un amendement législatif qui indiquerait aux tribunaux une marche à suivre dans ce genre de dossiers<sup>50</sup>. D'autres ont suggéré d'abandonner la scène fédérale et donc de revenir au niveau des 50 États. Enfin, on a aussi suggéré de repenser le rôle potentiel du droit des marques.

Nous passerons en revue brièvement ces idées. Puis nous jetterons un coup d'œil du côté de Porto Rico, qui vient d'adopter une législation intéressante sur le droit moral. Porto Rico n'est pas un

47. Voir SPANGLER, note 30, p. 1313-1315. Il est permis d'en douter puisque la législation contient un droit incessible de résilier un transfert à l'expiration de 35 années, art. 203 et 204(c).

48. Voir BOVE, note 20, p. 356-360 ; Simon NEWMAN, « The Development of Copyright and Moral Rights in the European Legal Systems », (2011) 33 *European Intellectual Property Review* 683 et MURPHY, note 17, p. 154.

49. À ce sujet, voir RAJAN, note 23.

50. Voir Jane C. GINSBURG, « The Right to Claim Authorship in US Copyright and Trademark Law », (2004) 41 *Houston Law Review* 263.

état américain, mais son système juridique qui est par ailleurs d'inspiration civiliste intègre une bonne partie du droit fédéral états-unien, y compris la *Loi sur le droit d'auteur*.

## 2.1 Amender l'article 106A

Nos recherches ont relevé au moins huit propositions de modification législatives de la Loi. Pour la plupart, ces propositions ne sont pas incompatibles entre elles<sup>51</sup>.

La première proposition vise à préciser les notions phares (réputation, intégrité, etc.) que la Loi ne définit pas et qui, puisque les tribunaux n'en comprennent pas bien le sens, ont mené à des décisions défavorables aux auteurs<sup>52</sup>.

La deuxième proposition est d'accorder un droit moral perpétuel, à l'instar du droit français<sup>53</sup>. Il n'est pas certain, à nos yeux, qu'il s'agisse là du problème le plus prioritaire.

La troisième, qui rejoint une partie du modèle proposé par la professeure Kwall (voir ci-dessous), est de rendre le droit moral incessible et toute renonciation impossible (à moins qu'elle ne soit éventuellement à la fois essentielle et bien précise)<sup>54</sup>.

La quatrième proposition est de modifier le droit à l'intégrité de façon à le rendre compatible avec l'« intérêt public », qu'on semble définir ici comme une combinaison de *fair use* et de liberté d'un auteur de réutiliser l'œuvre d'un autre auteur pour s'exprimer<sup>55</sup>.

Une cinquième proposition est de redonner leur place aux lois et à la *common law* de chacun des 50 États, sachant que certains d'entre eux se montreront sans doute plus réceptifs aux revendications légitimes des auteurs<sup>56</sup>. Compte tenu de l'opposition de l'industrie cinématographique, il est peu probable que ce type d'efforts soit très efficace<sup>57</sup>.

---

51. Il est impossible de présenter ici chaque proposition dans le détail. Nous en ferons donc une présentation sommaire, en commençant par les propositions de modifications de la Loi, dont bien peu nous semblent avoir des chances de succès.

52. Voir DAVIS, note 8, p. 247-250.

53. Voir ZEMER, note 31, p. 1560-1567.

54. *Ibid.*, p. 1560.

55. Voir LEONARD, note 20, p. 318.

56. *Ibid.*, p. 319.

57. Étonnamment, d'ailleurs, puisque cette industrie bénéficie du « *work made for hire* » qui fait des producteurs les auteurs (au sens de la Loi) des films qu'ils produisent.

La sixième proposition est limitée au domaine numérique, mais elle nous semble intéressante à plus d'un égard. La professeure Lipton la présente comme suit :

Emerging social norms about respecting an author's expressed preference regarding online uses of her work may become a more important protector against violations of authorial integrity than any form of legal regulation. Optimally, legislators would create laws that reinforce acceptable norms about permissible online uses of copyrighted works. This way, norms could regulate on their own while the law's expressive and enforcement functions would help fill in the gaps and bolster the effectiveness of norm regulation.<sup>58</sup>

En fait, cette proposition reconnaît que les internautes qui utilisent la toile pour diffuser leurs œuvres insistent souvent pour que leur « paternité » soit reconnue, même en l'absence d'une contrepartie financière, comme dans le cas bien connu des licences *Creative Commons*<sup>59</sup>. Il est donc peut-être plus facile de démontrer l'existence d'une norme ou d'une pratique relative à l'attribution des œuvres circulant sur Internet, ou certaines d'entre elles. Il est bien connu que la présence d'une séparation trop importante entre une « norme sociale » (au sens de la perception générale de ce que la loi devrait être) et le texte de loi en vigueur a généralement pour conséquence une plus grande difficulté à mettre en œuvre la loi (mesures coercitives additionnelles, etc.) et que cela peut aussi causer un sentiment d'injustice. La différence entre le fait pour un juge ou pour les internautes de percevoir le droit moral comme un caprice d'auteurs grincheux qui veulent restreindre la liberté d'expression des autres ou, au contraire, comme une norme de respect qui favorise la communication et les échanges culturels n'est donc pas dénuée d'importance.

Deux autres séries de propositions de modifications législatives qui méritent d'être mentionnées visent les œuvres musicales de façon plus particulière. Dans une mouture assez originale, la première proposition vise à créer un droit moral *sui generis* pour les compositeurs et les auteurs de musique afin de combattre le « partage » de fichiers musicaux (p2p). Comme le démontre éloquemment une étude commandée par l'Association des auteurs-compositeurs canadiens, le consommateur est prêt à payer la musique quand il a le

58. LIPTON, note 34, p. 20. Voir aussi Jon M. GARON, « Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics », (2003) 88 *Cornell Law Review* 1278, 1360.

59. Voir RAJAN, note 23, p. 920-926 et 947-955.

sentiment de « voler » l'auteur ou l'artiste interprète, mais pas (ou moins) quand la victime est une multinationale du divertissement (qui au surplus l'accuse de piratage)<sup>60</sup>. Le directeur général de l'OMPI, Francis Gurry, a eu un mot à ce sujet lors de son discours sur la réforme du droit d'auteur :

Je pense qu'il faut modifier les comportements en reformulant la question que la majorité du public se pose ou entend à propos du droit d'auteur et de l'Internet. Les gens ne sont pas réceptifs lorsqu'on les traite de pirates. En effet, ainsi que nous l'avons constaté, certains en tirent même une certaine fierté. En revanche, je crois qu'ils seraient prêts à partager les responsabilités en matière de politique culturelle. Nous devons moins parler piratage et davantage de la menace pour la rentabilité financière de la culture du XXI<sup>e</sup> siècle parce que là est le nœud du problème si nous n'adoptons pas une politique efficace et équilibrée en matière de droit d'auteur.<sup>61</sup>

Le droit moral apparaît ici comme une bouée normative permettant au droit d'auteur d'éviter l'un des pires écueils du numérique, à savoir la disparition progressive de flux financiers sains permettant aux auteurs professionnels de vivre de leur travail.

Une seconde mouture du même genre a été proposée pour prévenir les abus en matière d'échantillonnage (*sampling*), pratique qui consiste à réutiliser (généralement en les modifiant) des extraits d'enregistrements sonores préexistants<sup>62</sup>. Une autre proposition en lice consiste à importer en sol américain un droit moral réduit à sa plus simple expression pour les artistes interprètes, comme l'a fait le Royaume-Uni<sup>63</sup>.

60. Voir la proposition détaillée disponible à l'adresse <<http://songwriters.ca/propositionfrançais.aspx>>.

61. Discours du directeur général de l'OMPI tenu à Sydney le 25 février 2011, disponible à l'adresse [http://wipo.int/about-wipo/fr/dgo/speeches/dg\\_blueskyconf\\_11.html](http://wipo.int/about-wipo/fr/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html).

62. Voir John GREGORY, « A Necessary Global Discussion for Improvements to U.S. Copyright Law on Music Sampling », (2011) 15 *Gonzaga Journal of International Law* 4.

63. Performances (Moral Rights) Regulations, S.I. 2006/18, art. 5 (U.K.), disponible à l'adresse <<http://www.opsi.gov.uk/si/si2006/20060018.htm>>. Voir aussi Tanja MAKOVEC PETRIK, « Moral Rights of Composers: The Protection of Attribution and Integrity Available to Musicians in the European Union and the United States », (2012) 22 *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* 359, 381. L'article 5 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (WPPT) du 20 décembre 1996, auquel les États-Unis ont adhéré le 20 mai 2002 semble pertinent dans ce contexte.

Soulignons aussi ici une proposition bien cadrée présentée par la professeure Kwall<sup>64</sup>. Elle y reconnaît les limites historiques et constitutionnelles qui s'imposent à la pleine reconnaissance d'un droit moral « à l'européenne » aux États-Unis. Elle propose de combiner plusieurs des éléments de réponse déjà mentionnés, mais en les modulant de façon à produire un effet qu'on pourrait qualifier de symbiotique. Elle propose d'abord de reconnaître un droit d'attribution bien plus important que le droit à l'intégrité de l'œuvre<sup>65</sup>. Plus précisément, elle suggère un droit d'attribution visant à interdire toute reproduction ou toute utilisation d'une œuvre sans reconnaissance de l'auteur au-delà d'un seuil minimum non défini (appelé *de minimis*), toute modification importante d'une œuvre existante sans attribution correcte et toute fausse attribution. En revanche, un auteur aurait le droit de produire une œuvre anonyme ou pseudonyme<sup>66</sup>. Le droit à l'intégrité ne serait plus soumis aux conditions contenues dans le VARA, mais une violation ne pourrait faire l'objet d'un litige qu'en cas de violation concomitante du droit d'attribution<sup>67</sup>.

Une dernière série de propositions est de permettre aux 50 États de légiférer. Une proposition semblable a été présentée ci-dessus. La différence dans ce cas-ci est que sa mise en œuvre serait laissée aux tribunaux (par réinterprétation de la règle constitutionnelle concernant la suprématie des lois fédérales) plutôt que par intervention du Congrès<sup>68</sup>.

## 2.2 Faut-il réinterpréter l'article 106A ?

Nous avons identifié certaines propositions visant à forcer les tribunaux états-uniens à revoir leur copie en matière de droit moral. Ces propositions se rapprochent à plusieurs égards des efforts « normatifs » mentionnés précédemment.

Il faut savoir que les cours d'appel fédérales aux États-Unis sont divisées en treize « circuits » autonomes<sup>69</sup> et qui ne sont soumis, en cas de désaccords, qu'à la faible possibilité d'une intervention de la Cour suprême. Or, le Premier circuit, qui siège à Boston, dans

64. KWALL, note 44.

65. *Ibid.*, p. 149.

66. *Ibid.*

67. *Ibid.*, p. 152-153.

68. Voir LEONARD, note 20, p. 294 et 319.

69. Soit 11 circuits régionaux, plus un circuit dans le district de Columbia et un district fédéral qui a surtout juridiction en matière de brevets.



l'affaire *Massachusetts Museum of Contemporary Art Foundation c. Büchel*<sup>70</sup>, a accepté d'appliquer l'article 106A à une œuvre de l'artiste suisse Christoph Büchel commandée par le musée, mais que l'artiste n'a pas pu terminer en raison, apparemment, d'un désaccord relatif au coût de l'installation<sup>71</sup>. S'agit-il là d'une simple lueur d'espoir ?

En fait, une étude détaillée relative aux œuvres incomplètes révèle que plusieurs tribunaux américains ont été en général assez favorables aux auteurs d'œuvres incomplètes<sup>72</sup>. Le droit à l'intégrité de l'œuvre est donc à cet égard au moins mieux protégé que les autres éléments du droit moral. Cependant, il ne s'agit pas toujours de décisions fondées sur l'article 106A.

Ainsi, dans *Gilliam*, l'affaire citée en exergue de cet article qui précède l'adoption de l'article 106A, la Cour d'appel du Second circuit (New York) a émis une injonction interdisant la modification d'un film du groupe Monty Python tronqué de 24 minutes afin de permettre la diffusion de messages publicitaires. La version tronquée était, selon la cour, de nature à tromper le public, car elle ne présentait pas le talent des auteurs à sa juste mesure. La décision, que l'intervention de la Cour suprême dans *Dastar* a vraisemblablement envoyée aux oubliettes, était fondée sur une approche plus typique du droit des marques.

Une autre proposition se résume à présenter des preuves plus convaincantes aux tribunaux de l'importance subjective (pour les auteurs) et objective (pour le public) du droit moral<sup>73</sup>.

### 2.3 L'approche portoricaine

Avant de clore ce bref survol des solutions envisageables, il nous faut mentionner l'approche retenue par Porto Rico. Le statut juridique de cette île est assez inusité. Les États-Unis refusent d'utiliser le terme de « colonies » pour les nombreux territoires occupés par l'administration fédérale américaine, mais qui demeurent

70. (2010), 593 F.3d 38.

71. *Ibid.*, p. 41-43.

72. Voir Alison FRIEDBERG, « Work in Progress: Reconciling VARA, Unfinished Works, and the Moral Rights of Artists », (2010) 13 *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property* 217.

73. Voir BIRD, note 19, p. 445-449 ; Robert C. BIRD, « Of Geese, Ribbons, and Creative Destruction: Moral Rights and Its Consequence », (2011) 90 *Texas Law Review* 63, 68-69.

autonomes et dont les résidents ne sont pas citoyens américains<sup>74</sup>. En fait, dans ces territoires (aussi appelés « États non incorporés associés ») le gouvernement jouit d'une bonne marge de manœuvre, même si la plupart des lois fédérales (états-uniennes) s'y appliquent.

Malgré cela, la Cour suprême de Porto Rico reconnaît depuis fort longtemps les origines civilistes (espagnoles) du droit d'auteur<sup>75</sup>. En outre, Porto Rico a adopté une législation spécifique sur le droit moral le 9 mars 2012<sup>76</sup>. Celle-ci contient des directives claires pour l'application du droit adressées aux tribunaux, des exceptions précises (par exemple, en matière de parodie) et la reconnaissance de certains droits des auteurs (personnes physiques) même dans le cas de contrats de louage de services<sup>77</sup>.

## CONCLUSION

La graine de droit moral plantée en 1988 en sol états-unien par la *Visual Artists Rights Act* a eu beaucoup de mal à pousser. Jusqu'à l'intervention de la Cour suprême dans l'affaire *Dastar* en 2003, il était permis d'espérer que les tribunaux combleraient les lacunes évidentes du VARA par le droit des marques. Cet espoir est aujourd'hui bien mince. Les possibilités de recourir à la *common law* sont également fort limitées.

Certaines doctrines considérées comme essentielles aux États-Unis (liberté contractuelle) ou même constitutionnelles (liberté d'expression) sont souvent opposées au droit moral<sup>78</sup>. Il en va de même d'un certain déterminisme technologique qui rendra, nous dit-on depuis plusieurs années, le droit moral (et peut-être tout le droit d'auteur) obsolète<sup>79</sup>, malgré l'importance évidente du droit d'attribution sur le site de *Creative Commons*, par exemple.

Une étude plus attentive révèle qu'il s'agit, dans plusieurs cas, d'une incompréhension des racines profondes et légitimes de ce droit qui sait (ou devrait savoir) à quoi il sert, mais aussi quand il doit

74. Porto Rico bien sûr, mais aussi Guam, les Îles Vierges, Samoa, les Îles Marianne, etc.

75. Collazo MAGUIRE, note 11, p. 196-197.

76. *Ibid.*, p. 201.

77. *Ibid.*, p. 205-210.

78. Lindsey A. MILLS, « Moral Rights: Well-Intentioned Protection and Its Unintended Consequences », (2011) 90 *Texas Law Review* 443.

79. Albert FANG, « Let Digital Technology Lay the Moral Right of Integrity to Rest », (2011) 26 *Connecticut Journal of International Law* 457.

---

s'effacer (pensons aux parodies, par exemple). Le cas qui a opposé l'artiste suisse Büchel au Musée d'art moderne du Massachusetts démontre, à nos yeux, que les tribunaux appliquent plus volontiers le droit moral (ou son équivalent fonctionnel) quand ils considèrent que l'intérêt public s'accorde avec celui de l'auteur.

Il y a tout un travail à faire aux États-Unis pour établir un droit moral raisonnablement limité, mais aussi mieux soutenu sur le plan normatif. Les tribunaux sont probablement une meilleure cible, car il semble plus probable que ceux-ci (et non le Congrès) soient la source de développements positifs dans un avenir proche.