

Vol. 27, n° 3

**« ...Les princes affectent toutes
les formalités de la justice,
lorsqu'ils sont le plus déterminés à
la violer »* : formalités et justice
en droit d'auteur selon la
Convention de Berne**

Jane C. Ginsburg**

Introduction	1111
1. Histoire et interprétation de la proscription des formalités par la Convention de Berne	1115
1.1 Formalités portant sur l'application [<i>enforcement</i>] des droits	1118

© Jane C. Ginsburg, 2015.

* Luc de Clapiers, marquis de Vauvenargues, *Réflexions et Maximes* (1857) au §395.

** Morton L. Janklow Professor of Literary and Artistic Property Law, Columbia University School of Law. La recherche pour la rédaction de cet article a été rendue possible grâce au soutien du fonds *The Philippe P. Dauman Faculty Research Fund*, créé en 2007 par Philippe P. Dauman (Columbia Law School 1978) et de la fondation *The Philippe and Deborah Dauman Family Foundation*. L'auteure remercie également John Briggs et Philip Sancilio, de la promotion 2013 de la Columbia Law School, les professeurs Susy Frankel, Daniel Gervais, Tom Merrill, Victor Nabhan, R. Anthony Reese, Alain Strowel, ainsi que Dr Stef van Gompel, Dr Silke von Lewinski et Maria Martin Prat. L'auteure est aussi très reconnaissante à la professeure Mistrale Goudreau pour avoir corrigé la version française de cet article, dont certains éléments se retrouvent sous le titre « "With Untired Spirits and Formal Constancy" : Berne Compatibility of Formal Declaratory Measures to Enhance Copyright Title Searching », (2013) 28:3 *Berkeley Technology Law Journal* 1583.

1.1.1	Conditions permises	1118
1.2.	Incitations ou obligations : privilégiant l'accomplissement des formalités par le biais d'avantages procéduraux ou relatifs aux sanctions	1119
1.2.1	Avantages relatifs à la preuve de la contrefaçon	1119
1.2.2	Avantages relatifs aux sanctions	1120
1.2.3	Autres « incitations » : sanctions au-delà des minima prévus par l'Accord sur les ADPIC, tels que dommages-intérêts légaux et honoraires d'avocat	1125
2.	Autres approches « Berne-plus »	1128
2.1.	Objet de la protection	1128
2.2.	Durée	1130
2.3	Droits protégés	1132

Introduction

Les formalités sont de nouveau à la mode. Leurs adeptes se divisent entre deux camps, qui témoignent de leurs buts différents. Car les formalités, que nous définissons comme étant des conditions sur l'existence ou l'application du droit d'auteur, peuvent soit servir à dessaisir les auteurs de leurs droits, soit faciliter l'exploitation qu'ils feront de leurs œuvres en avertissant le public de leurs revendications. Pour l'un de ces groupes, le rôle que peuvent jouer les formalités dans la déchéance des droits des auteurs, autrefois perçu comme barbare¹, maintenant mérite des louanges².

Selon les dires de ce groupe, plus il y a d'œuvres qui tombent dans le domaine public, ou qui sont amputées au moment de leur mise en œuvre, mieux c'est. Les formalités peuvent fournir la réponse à tous les maux du droit d'auteur, qu'il s'agisse de la notion trop laxiste de l'objet de la protection, des droits trop extensifs et des sanctions trop fortes, ou finalement une durée trop longue. Craignez-vous que le seuil trop bas de l'originalité rende protégeables des listes des courses à faire et d'autres productions indignes et éphémères ? Une obligation d'apposer la mention de réserve éliminera ce

-
1. « Comments of John M. Kernochan » (1986), réimprimé au *Final Report of the Ad Hoc Working Group on U.S. adherence to the Berne Convention*, (1986) 10 *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 513 app. B p 685 à la p 689 (« The present sanction of forfeiture, in particular, is barbaric in its impact (i.e., it may wipe out the entire value of years of creative effort) ; it is disproportionate to any ends served and should be done away with. »).
 2. Voir, par exemple Christopher Sprigman, « Reform(aliz)ing Copyright », [2004] *Stanford Law Review* 485 [Sprigman] ; James Gibson, « Once and Future Copyright », (2005) 81:1 *Notre Dame Law Review* 167 à la p 168 [Gibson] ; Lawrence Lessig, « Re-Crafting a Public Domain », (2006) 18 :3 *Yale Journal of Law and the Humanities* 56 [Lessig] ; Martin Skladany, « Unchaining Richelieu's Monster: A Tiered Revenue-Based Copyright Regime », (2012) 16:1 *Stanford Technology Law Review* 131 ; voir aussi Séverine Dusollier, « (Re)Introducing Formalities in Copyright as a Strategy for the Public Domain », dans Lucie Guibault et Christina Angelopoulos (dir), *Open Content Licensing : From Theory to Practice* (Amsterdam, Amsterdam University Press, 2011) (préconisant des formalités en tant que moyen de renoncer à la protection [option de retrait du droit d'auteur] au lieu d'une condition sur l'octroi de la protection).

fatras. Avez-vous peur des litiges intentés par des auteurs obscurs qui proclament le dernier tube ou *best-seller* comme étant le fruit de leur inspiration ? Fermer la porte des tribunaux aux auteurs qui n'auront pas inscrit leurs œuvres au Copyright Office les refoulera aux ténèbres d'où ils sont sortis. Déplorez-vous que la durée du droit d'auteur se proroge indéfiniment ? Imposer une obligation de renouveler promptement et fréquemment l'inscription de l'œuvre limitera les bénéficiaires des longues durées aux titulaires qui « s'occupent vraiment » de leurs œuvres en les inscrivant. Que les formalités entraînant la déchéance des droits aient en pratique tendance à préjudicier les auteurs individuels bien plus souvent que les gros professionnels des « industries du droit d'auteur »³ ne semble pas dissuader les adeptes des formalités, car la protection des auteurs est sans intérêt pour ces militants d'un domaine public alimenté par les formalités.

Les membres du deuxième groupe veulent faire appel aux formalités, non pour alimenter le domaine public, mais plutôt pour rendre les informations sur l'œuvre plus accessibles au public⁴. La mention de réserve du droit d'auteur, l'inscription et l'enregistrement, en tant que mesures déclaratives des droits, avisent le public des revendications des auteurs. En facilitant la recherche des ayants droit, ces mesures aident l'auteur à diffuser ses œuvres et à

3. Julia D. Mahoney, « Lawrence Lessig's Dystopian Vision », (2004) 90 *Virginia Law Review* 2305 aux pp 2329–2330 (écrivain un compte rendu de Laurence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity* (2004) en ligne : <<http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>>). Mahoney soutient que :

What Lessig neglects to mention is that all formalities impose burdens, and that those burdens are experienced most keenly by the inexperienced and uneducated. While it is by no means definite that the costs of more formalities would outweigh the benefits, Lessig should at least acknowledge that corporate copyright holders are likely to have a much easier time negotiating the system than the lone individual creator, and that a turn to more formalities could bestow an advantage on none other than the 'Big Media' interests Lessig abhors.

Voir également Niva Elkin-Koren, « What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons », (2005) 74 *Fordham Law Review* 375 à la p 383 n 27 (observant que les formalités « could actually discriminate against individual creators who are unable to carry the burden of legal counseling and registration ») ; Brad A. Greenberg, « More Than Just a Formality: Instant Authorship and Copyright's Opt-Out Future in the Digital Age », (2012) 59 *UCLA Law Review* 1028 aux pp 1048–1050 (analysant les coûts encourus par les auteurs individuels dans l'accomplissement des formalités).

4. Voir par exemple Stef van Gompel *Formalities in Copyright Law* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011) [van Gompel] ; Jane C. Ginsburg, « The U.S. Experience with Mandatory Copyright Formalities: A Love/Hate Relationship », (2010) 33:4 *Columbia Journal of Law & the Arts* 311 à la p 316 [Ginsburg].

être rémunéré. Nous désignerons ces informations relatives à la recherche de la titularité de l'œuvre par l'expression « mesures déclaratives » au lieu des « formalités » puisque seul le non-respect des « formalités » au sens de la Convention de Berne entraîne la déchéance du droit, ou une diminution de sa durée ou de sa portée, ou une limitation des sanctions. Au contraire, si le défaut d'apposer la mention de réserve ou de procéder à l'inscription de l'œuvre ne conduisait pas à une perte du droit ou de son efficacité, ces tâches ne seraient pas des « formalités ». Les membres du second groupe ont comme objectif la diffusion de l'information plutôt que la confiscation des droits, mais on peut croire que seule la menace de celle-ci incitera les auteurs à fournir les renseignements voulus⁵.

L'apparente nécessité d'assortir les mesures déclaratives de sanctions afin de pénaliser les auteurs qui n'accomplissent pas ces mesures crée une certaine confusion au niveau des deux buts des formalités (confusion souhaitée par les adeptes de la « reformalisation »). Reconnaisant que l'aspect *good cop* des formalités liées à la divulgation d'informations relatives à l'exploitation de l'œuvre s'avère plus attirant que la fonction *bad cop* d'exproprier les auteurs, certains adeptes de la « reformalisation » proposent un nouvel objectif, plus modéré, celui lié à la diminution des *transactions costs*, c'est-à-dire, des coûts de la recherche des ayants droits, afin de justifier des obligations dont le non-respect entraînera la déchéance du droit d'auteur⁶. Mais les objections basées sur le coût élevé de

5. Voir par exemple van Gompel, *supra* note 4 au §1.3 (écartant les mesures facultatives « because they can produce limited effects only, given that their compliance relies on goodwill and proactivity on the part of authors and copyright owners ») ; David Fagundes, « Crystals in the Public Domain », (2009) 50 *Boston College Law Review* 139 aux pp 178-180 (notant le « orphan works issue » comme étant « an information problem that blocks the functioning of well-defined entitlements » et préconisant comme solution « mak[ing] availability of the full panoply of copyright remedies [...] contingent on compliance with registration, notice, and recordation provisions », de façon à ce que les « [a]uthors who fail to comply would still enjoy copyrights, but these rights would be enforceable only through a default license so that infringers could use the work so long as they pay a nominal statutory fee »). Mais voir Ginsburg, *supra* note 4 à la p 346 (observant que « [a]n efficient registration system may provide its own best incentive » mais reconnaissant que « we are not likely to enjoy such a centralized system unless it is adequately staffed and supported by government funding »).

6. Voir par exemple Lessig, *supra* note 2 aux pp 70-71. Lessig affirme :
 [I]f permission is required, then we need a way to know from whom that permission must be secured. Yet the abolishment of formalities has removed any easy possibility of knowing. A work is protected whether or not you can identify who the owner is ; it is a felony to use that work in certain ways, even if there is no one to ask for the permission to use it.

Voir également Gibson, *supra* note 2, aux pp 227-228. Gibson note :

ces recherches ne sont pas toutes convaincantes. Car, même si les auteurs étaient facilement retrouvables et les négociations pour obtenir les droits étaient simplifiées, le véritable problème pour plusieurs enthousiastes des formalités est de devoir négocier les droits alors que, dans leur esprit, l'objet de ces négociations ne devrait pas (ou plus) du tout bénéficier de la protection⁷.

Cette contribution au numéro en l'honneur de Ghislain Roussel analyse l'interdiction de la Convention de Berne de « subordonner » « la jouissance et l'exercice » du droit d'auteur à aucune « formalité »⁸. Dans le contexte de la Convention de Berne, « jouissance » veut dire l'existence et la portée des droits, alors qu'« exercice » veut dire leur mise en œuvre. Fournir *volontairement* des informations relatives à la titularité des droits est pleinement compatible avec la Convention et, d'ailleurs, mérite d'être encouragé. Mais un État membre peut-il sanctionner ou limiter la protection des auteurs étrangers qui ne fournissent pas ces informations ? Il convient de préciser « auteurs étrangers » parce que les obligations substantives de la Convention

Perhaps most important, registration could help lower troublesome search costs. Consider that a potential licensee of a work must incur the expense of identifying and tracking down the copyright owner before licensing negotiations can even begin. If the copyright owner's name and address are not readily available, these search costs might prove prohibitive, even when the copyright owner would gladly have issued the license for a reasonable price, or for free. If the law required authors to include their names in a copyright notice and record any subsequent assignments of copyright in a public registry, these costs could be avoided or significantly reduced. [note en bas de page non reproduite.]

7. Voir par exemple la présentation de Fred von Lohmann (6:47), au Berkeley Technology Law Journal Symposium : Reform(aliz)ing Copyright for the Internet Age ? (18 avril 2013) ; en ligne : <<http://media.law.berkeley.edu/qtmedia/BCLT/2013copyright/Session2.mp3>> (évoquant la « dark matter of the Internet »).
8. Voir Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, art 5(2), [Berne]. Des interdictions similaires existent dans d'autres conventions multilatérales auxquelles les États-Unis sont parties. Voir, par exemple l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, art 9(1), 1869 U.N.T.S. 299 (« Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention. Toutefois, les Membres n'auront pas de droits ni d'obligations au titre du présent accord en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6bis de ladite Convention ou les droits qui en sont dérivés ») [ADPIC] ; le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, art 1(4) (« Les Parties contractantes doivent se conformer aux articles 1er à 21 et à l'annexe de la Convention de Berne ») ; le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) art 20, (prévoyant la protection des enregistrements sonores et de certaines prestations artistiques : « La jouissance et l'exercice des droits prévus dans le présent traité ne sont subordonnés à aucune formalité. ») ; voir également le Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles art 17 (prévoyant la protection des fixations des prestations audiovisuelles et de certaines prestations non fixées : « La jouissance et l'exercice des droits prévus dans le présent traité ne sont subordonnés à aucune formalité. »).

de Berne (y compris la protection sans formalités) ne s'appliquent pas aux auteurs locaux dans le pays d'origine de l'œuvre⁹.

La deuxième partie de cette contribution porte sur les conditions d'exercice ou de mise en œuvre des droits. Nous concluons que des « formalités » préalables à la naissance ou au maintien de la protection, ou qui limitent la portée des droits ou le recours aux sanctions, violent les normes de la Convention de Berne et des autres accords internationaux en matière de droit d'auteur. En revanche, il serait permis de subordonner la protection d'un objet ou d'un droit non couverts par la Convention (des œuvres ou des droits « Berne-plus ») à l'accomplissement de mesures déclaratives. La voie « Berne-plus », cependant, est périlleuse, car elle risque de nous embrouiller dans des controverses de qualification, le « Berne-plus » de l'un étant la norme minimale d'un autre.

1. Histoire et interprétation de la proscription des formalités par la Convention de Berne

Depuis l'origine, au milieu du 19^e siècle, du mouvement pour la protection internationale du droit d'auteur, les auteurs ont préconisé la suppression ou la limitation des formalités. Au 19^e siècle, l'auteur qui cherchait la protection à l'étranger devait accomplir les formalités de chaque pays dans lequel il voulait diffuser son œuvre – en supposant que ces pays auxquels l'auteur n'était pas ressortissant aient accordé quelque protection que ce soit aux auteurs étrangers¹⁰. L'accomplissement des formalités locales impliquait des démarches lourdes et coûteuses qui souvent n'aboutissaient pas, d'où la revendication des auteurs dès le premier Congrès international sur la protection des auteurs, tenu à Bruxelles en 1858, que les auteurs soient protégés dans tous les pays pourvu qu'ils aient accompli les formalités requises par le pays d'origine de l'œuvre. Les textes de la Convention de Berne de 1886 et de 1896 ont suivi cette approche¹¹.

En réalité, cependant, il s'avérait difficile d'apporter la preuve aux autorités à l'étranger que l'auteur s'était conformé aux formalités du pays d'origine¹². C'est pour cela que la révision de la Convention de Berne faite à Berlin en 1908 a totalement interdit d'imposer

9. Voir Berne, *supra* note 8, art 5(3).

10. Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, 2^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2006) aux §1.19 et 1.40 [Ricketson & Ginsburg].

11. *Ibid* aux §6.102-6.103 et 6.83-6.85.

12. *Ibid* aux §6.86-6.87.

des formalités aux auteurs ressortissant d'autres États membres de la Convention de Berne, alors que chaque État membre conservait la possibilité d'obliger ses auteurs nationaux d'accomplir une ou plusieurs formalités telles qu'apposer des mentions de réserve, inscrire l'œuvre sur un registre tenu par l'État, ou effectuer un dépôt de l'œuvre auprès des autorités locales¹³. Et, afin d'assurer que le non-accomplissement par l'auteur des formalités du pays d'origine – avec pour conséquence la déchéance du droit d'auteur dans ce pays – n'ait aucune incidence sur la protection internationale, la révision de Berlin a précisé que « [la] jouissance et [l']exercice [des droits prévus par la Convention] sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre »¹⁴. Ce texte avait pour effet de doter toute œuvre créée par un auteur ressortissant à un État membre de l'Union de Berne, ou y publiée pour la première fois, de la protection du droit d'auteur dans tous les pays de l'Union (autres que le pays d'origine), automatiquement et à partir de la création de l'œuvre. L'interdiction des formalités sous-tend donc de façon fondamentale le système de la protection internationale et universelle des auteurs instauré par la Convention de Berne.

Mais qu'entend la Convention de Berne par « formalités » ? L'article 5(2) dispose que « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité »¹⁵. Bien que des textes antérieurs évoquaient des « conditions et formalités », il a toujours été entendu que la formule « aucune formalité » recouvre les « conditions formelles et matérielles » applicables à l'existence ou l'exercice des droits¹⁶. « Ces droits » sont « 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 »¹⁷. Un auteur étranger bénéficiera donc du traitement national dans les États membres de l'Union de Berne (mais sans avoir à accomplir les formalités que ces États peuvent exiger de leurs propres auteurs), ainsi que de tout droit additionnel garanti par la Convention, même si ceux-ci ne sont pas accordés aux auteurs nationaux.

La « jouissance » des droits prévus par le droit interne des États membres, ainsi que des droits minima prévus par la Convention de Berne s'étend à

13. *Ibid* aux §3.12 et 6.87.

14. Berne, *supra* note 8, art 5(2) (art. 4(2) dans la révision de Berlin).

15. *Ibid*.

16. Voir en général Ricketson & Ginsburg, *supra* note 10 aux §6.102-6.104.

17. Berne, *supra* note 8 art 5(1).

'everything which must be complied with in order to ensure that the rights of the author with regard to his work may come into existence.' These would include such requirements as registration, the deposit or filing of copies, the payment of fees, or the making of declarations.¹⁸

En plus de la reconnaissance initiale de la protection (depuis 1908 automatique lors de la création de l'œuvre par un auteur ressortissant à un autre pays unioniste), la notion de la « jouissance » du droit d'auteur recouvre la durée conventionnelle minimale de la protection ; toute obligation d'enregistrement ou de renouvellement pendant cette période tombe donc sous le coup de l'interdiction de formalités¹⁹. L'étendue des droits (y compris toute exception ou limitation) relève également de la « jouissance » des droits prévus par la Convention et par les lois nationales²⁰. Un État membre ne peut ni assortir de formalités la reconnaissance initiale de la protection, ni par la suite refuser l'application de certains droits aux auteurs qui n'accomplissent pas des obligations déclaratives de leurs droits. Ainsi, un État membre ne pourrait subordonner la jouissance du droit d'adaptation²¹ ni à l'inscription de l'œuvre ni à l'apposition d'une mention de réserve.

La Convention de Berne interdit non seulement les formalités qui imposent des conditions quant à l'existence du droit d'auteur, mais également celles qui portent sur son « exercice »²². Sans la deuxième interdiction, un auteur pourrait être *investi* du droit d'auteur, mais se trouverait dans l'impossibilité *d'invoquer* ses droits sans remplir plusieurs conditions préalables à l'action en justice ou à la disponibilité des sanctions²³. Sont donc contraires aux normes de

18. Ricketson & Ginsburg, *supra* note 10 au §6.103 (citant le délégué allemand Meyer à la Conférence diplomatique de 1884, *Actes de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur, réunie à Berne du 8 au 19 septembre 1884* (Berne, Imprimerie K-J Wyss, 1884) voir [ci-après Actes 1884]).

19. Voir par exemple van Gompel, *supra* note 4, à la p 195.

20. En plus de l'énoncé de l'art 5(1) selon lequel « Les auteurs jouissent » des droits selon le droit interne et selon les minima conventionnels, les articles 11, 11bis, 11ter, 12 et 14bis de la Convention disposent tous que « Les auteurs jouissent » des minima spécifiques relatifs aux droits de représentation publique, d'adaptation, et sur les œuvres cinématographiques.

21. Berne, *supra* note 8 art 12 (« Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs œuvres. »).

22. Berne, *supra* note 8 art 5(2).

23. Van Gompel, *supra* note 4 au §5.3.2 (« [I]t seems that the word 'exercise' was added so as to elucidate that the prohibition did not only cover constitutive formalities, but also formalities that are prerequisites to sue. »).

la Convention de Berne des conditions propres au droit d'auteur affectant l'accès aux tribunaux, les sanctions de cessation (y compris la saisie et la destruction d'objets contrefaisants) ou l'octroi des dommages-intérêts. En revanche, des obligations qui portent sur tous types de litiges, telles que des paiements lors du dépôt d'une action, ou des obligations générales relatives à la procédure ou à la preuve, bien que pouvant avoir une incidence sur la poursuite d'une action en contrefaçon, ne sont pas des « formalités » au sens de la Convention de Berne, pourvu qu'elles s'appliquent à toute action en justice, quel que soit l'objet du litige. Au-delà de ces observations générales, des questions particulières concernant la compatibilité avec la Convention de Berne des obligations déclaratives qui affectent l'application des droits seront examinées dans la prochaine sous-partie de cette étude.

1.1 Formalités portant sur l'application [enforcement] des droits

1.1.1 Conditions permises

Toute « condition » affectant l'existence ou l'application du droit d'auteur n'est pas forcément une « formalité » interdite par la Convention de Berne. Par exemple, selon l'article 3 de cette Convention, une œuvre ne sera pas protégée dans l'Union de Berne à moins que la nationalité de l'auteur ou le pays de la première publication de l'œuvre ne remplissent la condition d'être un État membre de l'Union de Berne. L'article 2(2) permet aux États membres d'imposer comme condition à la protection la fixation de l'œuvre sur un support matériel. Toutefois, dès lors que l'œuvre entre dans le champ d'application de la Convention, les États membres ne peuvent imposer des mesures déclaratives, ni autres conditions préalables à la jouissance ou à l'exercice des droits conventionnels et nationaux.

Il existe une éventuelle exception quant aux œuvres encore protégées dans leurs pays d'origine, mais tombées dans le domaine public dans un pays qui accède à la Convention (ou, à l'inverse, qui sont protégées dans le nouvel État membre, mais dans le domaine public d'autres États membres) : l'article 18(1) oblige les États membres à réinstaurer le droit d'auteur sur ces œuvres, mais l'article 18(3) permet aux États membres de régler « les modalités relatives à [l']application » du principe de réinstauration. Un État membre ne peut refuser de réinstaurer le droit d'auteur sur les œuvres étrangères couvertes par cette disposition : l'article 18(3) dispose clairement

que le principe de la réinstauration doit être appliqué. Mais cette disposition concède aux États membres beaucoup de flexibilité quant aux *moyens* de réinstaurer le droit d'auteur sur les œuvres précédemment tombées dans le domaine public. Des « conditions » sur la mise en œuvre de la réinstauration peuvent bien inclure des obligations déclaratives. Par exemple, l'article 104A de la loi des États-Unis sur le droit d'auteur prévoit une réinstauration automatique²⁴, mais protège les droits acquis des tierces parties qui avaient exploité l'œuvre de bonne foi avant sa réinstauration. Cette disposition de droit transitoire oblige les titulaires du droit d'auteur réinstauré à déposer au Copyright Office une *Notice of Intent to Enforce Restored Copyright* ou à fournir un tel avis à la tierce partie affectée préalablement à l'action en justice²⁵. Autrement dit, avant que le titulaire du droit réinstauré ne puisse invoquer son droit d'auteur à l'encontre d'un exploitant antérieur, l'auteur ou l'ayant droit d'une œuvre auparavant tombée dans le domaine public doit se conformer à une obligation déclarative assez détaillée²⁶, afin d'aviser les tierces parties des droits réclamés par le titulaire du droit d'auteur réinstauré. Selon l'article 18(3) de la Convention de Berne, cette obligation déclarative, bien que restreignant l'exercice du droit d'auteur, semblerait parfaitement compatible avec les normes conventionnelles.

1.2 Incitations ou obligations : privilégiant l'accomplissement des formalités par le biais d'avantages procéduraux ou relatifs aux sanctions

Si la Convention de Berne interdit de sanctionner le non-accomplissement d'obligations déclaratives, pourrait-elle permettre l'approche inverse ? Il s'agirait de substituer des bénéfices aux pénalités, pour accorder aux auteurs qui accomplissent ces obligations des avantages procéduraux ou des moyens de recours additionnels.

1.2.1 Avantages relatifs à la preuve

De tels avantages pourraient fournir aux auteurs ou ayants droit des incitations importantes à l'inscription de leurs œuvres et des transferts de droits, facilitant ainsi la recherche des titulaires. Par exemple, accorder une valeur probante à toute information

24. Voir 17 USC §104A(a)(1)(A) (2012) (« Copyright subsists, in accordance with this section, in restored works, and vests automatically on the date of restoration. »).

25. *Ibid* §104A(c).

26. *Ibid* § 104A(e) (précisant les détails).

inscrite dans un certain délai suivant la première publication²⁷ pourrait encourager l'accomplissement de ces mesures déclaratives. De même, prévoir que l'inscription de l'œuvre constitue une preuve par présomption de l'originalité de l'œuvre, mettant ainsi à la charge du prétendu contrefacteur la preuve du manque d'originalité de l'œuvre, pourrait susciter davantage d'inscriptions²⁸.

1.2.2 Avantages relatifs aux sanctions

L'interdiction conventionnelle des formalités a pour conséquence d'obliger les États membres à accorder aux auteurs et ayants droit étrangers les sanctions telles que dommages-intérêts et ordonnances de cessation, même s'ils n'ont pas inscrit leurs œuvres auprès des autorités locales, ni accompli d'autres démarches déclaratives qui incombent aux auteurs nationaux. Bien que la Convention de Berne ne précise pas de sanction au-delà de la saisie à la frontière nationale des copies contrefaites importées sans autorisation²⁹, la Convention de Berne suppose que les États membres fourniront les « moyens de recours »³⁰. Ceux-ci sont déterminés par la loi nationale du pays où la protection est réclamée³¹ mais, au-delà de la règle de traitement national, ces moyens restent assujettis au principe général de l'interdiction de formalités. C'est dire que même si un État

27. Voir par exemple 17 USC §410(c) (le certificat d'inscription de l'œuvre au Copyright Office vaut présomption réfragable de preuve des informations y inscrites, pourvu que l'inscription se fasse dans les cinq ans suivant la première publication) ; 17 USC §412 (les dommages-intérêts légaux et les honoraires d'avocat ne peuvent être alloués que si l'inscription précède l'acte de contrefaçon ou s'effectue dans les trois mois suivant la première publication). Voir « Preparatory Document for the First Session of the Committee of Experts on a Possible Instrument on the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms (Geneva, June 28 to July 2, 1993) », (1993) 29:5 *Copyright* 72 aux pp 73-75 (sur la compatibilité avec la Convention de Berne des lois accordant à l'inscription une valeur de présomption réfragable). Reinbothe & von Lewinski indiquent que des mesures visant à « facilitate proof of authorship » ne sont pas des formalités interdites par la Convention. Voir Jörg Reinbothe et Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and The WIPO Performances and Phonograms Treaty, Commentary and Legal Analysis* (Londres, Butterworths/LexisNexis, 2002) au §27.

28. Il peut également y avoir des incitations au-delà du droit d'auteur. Voir par exemple *National Peregrine, Inc v Capitol Federal Savings & Loan Association of Denver (In re Peregrine Entm't, Ltd)*, 116 BR 194 aux pp 197 et 201-202 (CD Cal 1990) (« a security interest in a copyright [must be] perfected by an appropriate filing with the United States Copyright Office », plutôt que « a UCC-1 financing statement filed with the relevant secretary of state » parce que « any state recordation system pertaining to interests in copyrights would be preempted by the Copyright Act »).

29. Berne, *supra* note 8 art 16.

30. *Ibid* art 5(2).

31. *Ibid*.

membre peut prescrire l'accomplissement de certaines formalités quant aux sanctions que peuvent réclamer ses auteurs nationaux, il ne peut imposer de telles conditions aux actions en contrefaçon intentées par des auteurs unionistes étrangers. En l'occurrence, les minima conventionnels l'emportent sur le traitement national.

Il a été suggéré en doctrine que la Convention de Berne n'oblige pas en fait les États membres à prévoir des ordonnances de cessation comme moyen de recours, et que les États membres pourraient donc imposer des mesures déclaratives comme conditions d'obtention de cette sanction, limitant ainsi les auteurs qui ne se seraient pas acquittés de ces mesures à la seule sanction d'une compensation équitable au lieu d'une ordonnance de cessation³². Cette proposition fait abstraction de bien des éléments, notamment de l'histoire du droit d'auteur, du texte de la Convention de Berne, et de la disposition expresse dans l'*Accord sur les ADPIC* obligeant les États membres à prévoir la sanction d'ordonnances de cessation en cas de violations du droit d'auteur³³.

D'abord, il faut placer dans son contexte le renvoi par la Convention de Berne aux lois nationales des États membres de prévoir les moyens de recours. Au moment de la rédaction de la Convention de Berne, la sanction la plus répandue était l'ordonnance de cessation. Il n'aurait donc pas été nécessaire de préciser cette sanction dans le texte de la Convention, car les auteurs unionistes en auraient bénéficié par le biais de la règle du traitement national. En fait, des ordonnances de cessation, assorties de la confiscation des exemplaires contrefaits (et même des planches), datent des débuts du droit d'auteur, et même avant. Par exemple, la première convention internationale en matière de droit d'auteur, la Convention entre le Royaume de la Sardaigne et l'Empire Autrichien, du 22 mai 1840, précisait

[A]u-delà des pénalités prononcées contre les contrefacteurs par les lois des deux États, seront ordonnées la séquestration et la destruction des exemplaires des objets contrefaits, et aussi des fontes, presses, cuivres, pierres, et des autres objets dont on se sert pour accomplir la contrefaçon.³⁴

32. Sprigman, *supra* note 2 aux pp 555-560.

33. ADPIC, *supra* note 8, art 41(1), 44(1) et 46.

34. *Convenzione fra l' Austria il Piemonte lo Stato Pontificio, la Toscana e i Ducati di Modena, Parma e Lucca in data 22 Marzo 1840, e in diverse epoche accettata dai suddetti Governi e tacitamente prorogata* [Convention bilatérale entre l'empire autrichien et le royaume de Sardaigne] art. XVI, Autriche-Sardaigne, 22 mars

La première loi sur le droit d'auteur, la *Statute of Anne* britannique (1710), disposait que le « offender or offenders shall forfeit such Book or Books and all and every sheet or sheets being part of such Book or Books to the proprietor or proprietors of the copy thereof who shall forthwith damask and make waste paper of them »³⁵. Et même avant le droit d'auteur proprement dit, les privilèges en imprimerie pontificaux du 16^e siècle ont systématiquement chargé les magistrats de l'obligation de confisquer les livres imprimés, vendus ou importés sans l'autorisation de l'auteur ou de l'éditeur³⁶.

En second lieu, bien que la Convention de Berne ne précise pas les sanctions, elle prévoit dans le détail les conditions des licences légales. Un État membre ne peut substituer un système de compensation équitable au régime des sanctions des droits exclusifs (ordonnances de cessation ; dommages-intérêts réels), à moins que, quant au droit de reproduction, le système ne soit compatible avec le « test en trois étapes »³⁷, ou, quant à certaines communications au public, ne remplisse les critères de l'article 11*bis*(2). Si les ordonnances de cessation n'étaient pas la sanction normale, il ne serait pas nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles un État membre aura la faculté de prévoir une sanction purement monétaire.

L'*Accord sur les ADPIC* a généralisé l'application du test en trois étapes aux exceptions et limitations dont la Convention de Berne ne faisait pas déjà état³⁸. La troisième étape (l'exception ou la

1840 (« Oltre le pene pronunciate contro ai contraffattori dalle leggi dei due Stati, si ordinerà il sequestro e la distruzione degli esemplari e degli oggetti contraffatti, e così pure delle forme, stampe, dei rami, delle pietre, e degli altri oggetti adoperati per eseguire la contraffazione [...] ») ; en ligne : <http://copy.law.cam.ac.uk/cam/pdf/d_1840_1.pdf>. À propos de cette Convention, voir en général, Laura Moscati, « Il caso Pomba-Tasso e l'applicazione della prima convenzione internazionale sulla proprietà intellettuale », dans Bernard D'Alteroche, Florence Demoulin-Auzary et al (dir), *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard* (Paris, Pantheon-Assas, 2010) 747, aux pp 754–757.

35. *Statute of Anne*, 1710, 8 Ann, c 19 §2.

36. Voir en général Jane C. Ginsburg, « Proto-Property in Literary and Artistic Works : 16th Century Papal Printing Privileges », (2013) 36:3 *Columbia Journal of Law & the Arts* 345.

37. Berne, *supra* note 8, art. 9(2) (précisant les trois étapes : 1) « certains cas spéciaux » qui 2) « ne porte[nt] pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre » 3) « ni ne cause[nt] un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »).

38. ADPIC, *supra* note 8 art 13 ; voir Panel Report, *United States–Section 110(5) of the US Copyright Act* aux §6.80-6.81, WT/DS160/R (15 juin 2000) [Section 110(5) Panel Report] (« [N]either the express wording nor the context of Article 13 or any other provision of the TRIPS Agreement supports the interpretation that the scope of application of Article 13 is limited to the exclusive rights newly introduced under the TRIPS Agreement » et par conséquent « appl[ying] Article 13 of the

limitation « ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit ») pourrait autoriser un État membre à prévoir une limitation aux droits en contrepartie d'une rémunération équitable³⁹, mais uniquement si cette compensation se cantonne à « certains cas spéciaux, » qui « ne porte[nt] pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre »⁴⁰. Ce serait absurde si le non-accomplissement de formalités constituait un « cas spécial » dans l'optique du test en trois étapes, permettant ainsi à un État membre d'éviter l'interdiction des formalités en faisant du non-respect des formalités le seuil d'un régime de licence obligatoire. Cette astuce aurait le « mérite » de méconnaître non seulement une, mais deux normes conventionnelles.

Enfin, même si la Convention de Berne n'avait pas envisagé la disponibilité des ordonnances de cessation, l'*Accord sur les ADPIC* oblige clairement les États membres à y pourvoir. En plus de l'obligation d'appliquer les articles 1–21 de la Convention de Berne (y compris l'interdiction des formalités)⁴¹, l'*Accord sur les ADPIC* précise :

Les Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la

TRIPS Agreement to the rights provided under Articles 11(1) and 11bis(1) of the Berne Convention (1971) as incorporated into the TRIPS Agreement. »).

39. Voir Section 110(5) Panel Report, *supra* note 38 au §6.229 (statuant qu'un « prejudice to the legitimate interests of rightholders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright holder » et se référant au WIPO Guide to the Berne Convention qui constate que « where there would be serious loss of profit for the copyright owner, the law should provide him with some compensation (a system of compulsory licensing with equitable remuneration) » (citant World Intellectual Property Organization, *Guide to the Berne Convention For the Protection of Literary and Artistic Work (Paris Act, 1971)* (Genève, WIPO, 1978) au §9.8) ; en ligne : <ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/historical-ipbooks/GuideToTheBerneConventionForTheProtectionOfLiteraryAndArtisticWorksParisAct1971.pdf>.
40. Voir Section 110(5) Panel Report, *supra* note 38 au §6.112, statuant que la notion de « certains cas spéciaux » prévue par l'article 13 « requires that a limitation or exception in national legislation should be clearly defined and should be narrow in its scope and reach » et que :
- [A]n exception or limitation to an exclusive right in domestic legislation rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work . . . if uses, that in principle are covered by [the exclusive right owned] but exempted under the exception or limitation, enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right to the work [...] and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains.
- Voir également ADPIC, *supra* note 8 art 13 (l'utilisation de « and » montre que les étapes sont cumulatives et non alternatives).
41. ADPIC, *supra* note 8 art 9(1).

présente partie, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure.⁴²

Les « procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie » comprennent celle d'« ordonner à une partie de cesser de porter atteinte à un droit »⁴³. L'*Accord sur les ADPIC* prévoit deux autres sanctions en relation avec des ordonnances de cessation : l'interdiction d'importation des copies contrefaites⁴⁴ et la destruction des objets contrefaits⁴⁵. Il s'ensuit que, si jamais il existait quelque ambiguïté quant au pouvoir d'un État membre d'assujettir la disponibilité des ordonnances de cessation à l'accomplissement de formalités, l'*Accord sur les ADPIC* élimine complètement cette option.

Il a néanmoins été soutenu que l'*Accord sur les ADPIC* exige simplement que les autorités judiciaires des États Membres soient « habilitées » à imposer la cessation des activités contrefaisantes, non pas qu'elles doivent en fait *exercer* ce pouvoir⁴⁶. Il suffit d'observer

42. *Ibid* art 41(1).

43. *Ibid* art 44(1) (« Les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner à une partie de cesser de porter atteinte à un droit [...] »).

44. L'article 44(1) dispose que :

[...] entre autres choses afin d'empêcher l'introduction dans les circuits commerciaux relevant de leur compétence de marchandises importées qui impliquent une atteinte au droit de propriété intellectuelle, immédiatement après le dédouanement de ces marchandises. Les Membres n'ont pas l'obligation de les habiliter à agir ainsi en ce qui concerne un objet protégé acquis ou commandé par une personne avant de savoir ou d'avoir des motifs raisonnables de savoir que le négoce dudit objet entraînerait une atteinte à un droit de propriété intellectuelle.

45. L'article 46 dispose que :

Autres mesures correctives

[...] Afin de créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits, les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner que les marchandises dont elles auront constaté qu'elles portent atteinte à un droit soient, sans dédommagement d'aucune sorte, écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ou, à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes, détruites. Elles seront aussi habilitées à ordonner que des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication des marchandises en cause soient, sans dédommagement d'aucune sorte, écartés des circuits commerciaux de manière à réduire au minimum les risques de nouvelles atteintes.

46. Voir Christopher Sprigman, « Berne's Vanishing Ban on Formalities », (2013) 28:3 *Berkeley Technology Law Journal* 1565 aux pp 1574-1575.

ver, en réponse à de tels sophismes, qu'étant donné le but de l'*Accord sur les ADPIC* de « permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord » (dont le droit d'auteur), une lecture de l'*Accord sur les ADPIC* qui ne ferait que donner aux États membres une faculté d'imposer des ordonnances de cessation au lieu d'exiger qu'ils appliquent cette sanction, serait contraire à l'objectif d'une protection efficace⁴⁷. Lorsque l'*Accord sur les ADPIC* prévoit que « les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner à une partie de cesser de porter atteinte à un droit », l'expression « seront habilitées » permet aux États membres d'appliquer leurs critères généraux relatifs à l'octroi de l'ordonnance (par exemple, ne l'accordant que si le demandeur apporte la preuve de l'insuffisance d'une sanction purement monétaire⁴⁸), mais ces critères ne peuvent mener à un refus systématique de l'ordonnance, sinon les États membres seraient en mesure d'éluider l'obligation de l'*Accord sur les ADPIC* de prévoir de tels ordonnances⁴⁹. De même, un État membre ne peut refuser l'octroi de telles ordonnances au motif que l'auteur ou l'ayant droit n'aurait pas accompli les formalités, car une telle position ferait entrer par la petite porte une exigence qui est exclue par l'incorporation des normes de la Convention de Berne dans l'*Accord sur les ADPIC*.

1.2.3 Autres « incitations » : sanctions au-delà des minima prévus par les ADPIC, telles que dommages-intérêts légaux et honoraires d'avocat

Si la Convention de Berne et l'*Accord sur les ADPIC* interdisent d'imposer l'accomplissement des formalités pour l'obtention des

47. Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement – Drafting History and Analysis*, 4^e éd (London, Sweet & Maxwell, 2012) aux §2.510 et 2.529 (analysant l'expression « shall ensure » de l'article 41(1) comme « insist[ing] on the effectiveness of action, including expeditious remedies to prevent infringement, » et expliquant que « a systematic refusal [...] to apply [required judicial] powers may constitute nullification or impairment ») ; voir également *ibid* au §2.540 (concernant l'article 44(2) de l'*Accord sur les ADPIC* qui prévoit une autorisation de limiter les sanctions à la compensation monétaire dans l'hypothèse de sanctions imposées contre les États eux-mêmes ; l'acceptation par l'*Accord sur les ADPIC* d'une immunité des États contre les ordonnances de cessation déroge de la norme générale, qui est l'obligation de prévoir de telles ordonnances dans l'hypothèse des contrefacteurs non gouvernementaux) ; ADPIC, *supra* note 8 art 31(h) (autorisant, *uniquement* par rapport aux brevets, une « rémunération adéquate » dans certaines hypothèses extrêmement détaillées de « l'utilisation par les pouvoirs publics ou des tiers autorisés par ceux-ci »).

48. Voir par exemple *eBay Inc v MercExchange, LLC*, 547 US 388, 391 (2006) (évoquant les critères relatifs à l'octroi des ordonnances de cessation).

49. Mes remerciements à la professeure Susy Frankel pour m'avoir élucidé cet argument.

sanctions conventionnelles minimales, les États membres pourraient-ils inciter à l'accomplissement de mesures déclaratives en y subordonnant d'autres sanctions ? Autrement dit, existerait-il une catégorie de sanctions « Berne-plus » pour lesquelles l'imposition de formalités serait permise ? Lorsque les États-Unis ont adhéré à la Convention de Berne en 1989, ils n'ont pas modifié la disposition dans la loi sur le droit d'auteur qui limitait la disponibilité des dommages-intérêts légaux et des honoraires d'avocat aux œuvres inscrites au Copyright Office avant la commission de la contrefaçon⁵⁰. Cette disposition était censée donner une incitation importante à l'inscription des œuvres, tout en restant « compatible with Berne since it deals with certain specific remedies rather than the ability to obtain redress at all »⁵¹. De façon générale, cet argument soutient que les sanctions qui vont au-delà des protections minimales requises par les conventions internationales ne tombent pas sous le coup de l'interdiction des formalités par la Convention de Berne. Pourvu que l'État membre impose ces obligations à ses propres auteurs, les imposer aux auteurs unionistes étrangers resterait compatible avec la règle du traitement national. La Convention de Berne ne recouvre ni expressément ni implicitement les dommages-intérêts légaux et les honoraires d'avocat ; l'*Accord sur les ADPIC* en fait état parmi les sanctions qu'il énumère, mais celles-ci sont facultatives⁵². Il s'ensuivrait qu'assujettir l'octroi de ces sanctions à l'accomplissement d'un acte déclaratif du droit (pour les auteurs nationaux aussi bien qu'aux étrangers) serait compatible avec la Convention de Berne ainsi qu'avec l'*Accord sur les ADPIC*.

Toutefois, le caractère non obligatoire de ces sanctions n'entraîne pas la conclusion qu'un État membre qui choisit de les inclure peut également les assortir de formalités. Structurellement, on peut soutenir que toutes les dispositions de l'*Accord sur les ADPIC* relatives au droit d'auteur, qu'il s'agisse des règles de fond ou des sanctions, sont assujetties à l'exclusion générale des formalités suite à l'incorporation des normes de la Convention de Berne dans l'*Accord*

50. Pub L 94-553, Title I, §101, 90 Stat 2583 (1976) (amendée 1990, 2005 et 2008 ; version à jour : 17 USC §412 (2012)).

51. « Final Report of the Ad Hoc Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention », (1986) 10 *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 513 à la p 565 ; voir également *Football Association Premier League v Youtube*, 633 F Supp 2d 159 à la p164 (SD NY 2009) (« The Senate Judiciary Committee concluded that Section 412 [...] 'do[es] not condition the availability of all meaningful relief on registration, and therefore [is] not inconsistent with Berne'« (citant S Rep No 100-352, aux pp 14-15 (1988)).

52. ADPIC, *supra* note 8 art 44(1) et 45(2).

sur les ADPIC⁵³. Par conséquent, même les sanctions facultatives ne peuvent être soumises aux formalités.

En fin de compte, un argument basé sur le caractère facultatif ou obligatoire de la sanction n'est pas convaincant. L'article 2(2) de l'Accord sur les ADPIC dispose qu'« Aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la [...] Convention de Berne [...] » ; cet article préserve l'interdiction des formalités de la Convention de Berne pour l'ensemble des sanctions. Nous avons supposé qu'un État membre ne peut soumettre la sanction fondamentale des ordonnances de cessation (aussi bien que les dommages-intérêts réels) à l'accomplissement de formalités parce qu'une telle limitation évincerait l'interdiction des formalités : on ne peut « exercer » un droit si on ne peut le faire respecter. Mais rien dans la Convention de Berne n'autorise de distinguer entre les types « d'exercice » afin d'identifier ceux qui ne devraient pas être soumis aux formalités.

Au contraire, l'article 5(2) relie la « jouissance et l'exercice » des droits conventionnels minimaux ainsi que des droits nationaux, à « l'étendue de la protection ainsi [qu'aux] moyens de recours ». La marge accordée aux États membres de déterminer les « moyens de recours » en prévoyant des sanctions additionnelles ne les autorise pas à faire abstraction de l'interdiction des formalités. Imaginez, par exemple, qu'un État membre ait prévu une procédure judiciaire ou administrative rapide pour des litiges en contrefaçon, mais uniquement au bénéfice des ayants droit ayant inscrit l'œuvre avant la commission de la contrefaçon. Cet avantage procédural, bien qu'innovateur et peut-être unique à cet État membre, est néanmoins un « moyen de recours ». L'argument selon lequel les sanctions « Berne-plus » échapperaient à l'interdiction des formalités s'avère donc erroné : l'article 5(2) ne distingue pas entre les sanctions traditionnelles et les sanctions additionnelles ou innovatrices ; toutes les sanctions relèvent des « moyens de recours ». En définitive, la sanction « Berne-plus » n'existe pas, la Convention n'autorise pas de faire la distinction entre les sanctions qui doivent être libres de formalités et les sanctions pouvant être soumises aux formalités⁵⁴.

53. ADPIC, *supra* note 8 art 2(2) et 9(1).

54. Mes remerciements à la professeure Susy Frankel pour m'avoir élucidé cet argument.

2. Autres approches « Berne-plus »

Si la sanction « Berne-plus » permettant l'imposition de mesures déclaratives n'existe pas, y aurait-il néanmoins d'autres aspects du droit d'auteur pour lesquels une approche « Berne-plus » serait compatible aux normes conventionnelles ? Par exemple, est-ce que les conditions sur l'objet du droit d'auteur, sur la durée, ou sur des droits, lorsqu'ils dépassent les protections minimales, échappent à l'interdiction (en supposant, selon la règle du traitement national, que les auteurs ou ayants droit nationaux soient soumis aux mêmes conditions⁵⁵) ?

2.1 *Objet de la protection*

L'article 2 de la Convention de Berne énumère les œuvres que les États membres doivent protéger. Y manquent les enregistrements sonores. Il pouvait aussi y avoir des incertitudes quant à l'inclusion des logiciels et des banques de données⁵⁶. Mais ces lacunes ont été comblées par d'autres conventions qui, elles aussi, interdisent les formalités⁵⁷. Il existe, cependant, deux catégories d'œuvres prévues par l'article 2 de la Convention de Berne qui seraient susceptibles d'être assujetties à des obligations déclaratives compatibles avec la Convention. L'article 2(4) dispose qu'« [i]l est réservé aux législations des pays de l'Union de déterminer la protection à accorder aux textes officiels d'ordre législatif, administratif ou judiciaire, ainsi qu'aux traductions officielles de ces textes ».

55. Des objets, droits et sanctions qui vont au-delà des minima conventionnels restent soumis aux règles de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée. Voir Susy Frankel, « Challenging TRIPS-Plus Agreements : The Potential Utility of Non-Violation Disputes », (2009) 12 :4 *Journal of International Economic Law* 1023 aux pp 1031-1032.

56. À propos des logiciels, voir Silke Von Lewinski, *International Copyright Law and Policy* (London, OUP, 2008) au §7.13. L'auteure soutient que :

The question of whether computer programs are covered as 'works' under the Berne Convention and, consequently, benefit from national treatment and minimum rights, is not easy to answer ; indeed, for some time after the emergence of computer programs, views were quite divergent and no authentic interpretation could be ascertained. [Notes de bas de page exclues.]

Voir également Ricketson & Ginsburg, *supra* note 10 aux §8.92-8.103 (soutenant que, selon les principes généraux ainsi que selon le « State practice », les logiciels font partie de l'objet de protection selon la Convention de Berne). À propos des banques de données, voir Ricketson & Ginsburg, *supra* note 10 aux §8.88-8.91 (soutenant que l'objet de la protection selon la Convention de Berne comprend des compilations originales de données).

57. Voir les conventions citées *supra* note 8.

La Convention de Berne autorise ainsi les États membres à exclure les textes officiels du champ de l'objet protégeable ; la phrase « déterminer la protection à accorder » peut être comprise comme permettant aux États membres de protéger les textes officiels sous des conditions qui peuvent comprendre des obligations déclaratives.

L'article 2(7) autorise les États membres à :

régler le champ d'application des lois concernant les œuvres des arts appliqués et les dessins et modèles industriels, ainsi que les conditions de protection de ces œuvres, dessins et modèles, compte tenu des dispositions de l'article 7.4) de la présente Convention. Pour les œuvres protégées uniquement comme dessins et modèles dans le pays d'origine, il ne peut être réclamé dans un autre pays de l'Union que la protection spéciale accordée dans ce pays aux dessins et modèles ; toutefois, si une telle protection spéciale n'est pas accordée dans ce pays, ces œuvres seront protégées comme œuvres artistiques. régler le champ d'application des lois concernant les œuvres des arts appliqués et les dessins et modèles industriels, ainsi que les conditions de protection de ces œuvres, dessins et modèles, compte tenu des dispositions de l'article 7.4) de la présente Convention. Pour les œuvres protégées uniquement comme dessins et modèles dans le pays d'origine, il ne peut être réclamé dans un autre pays de l'Union que la protection spéciale accordée dans ce pays aux dessins et modèles ; toutefois, si une telle protection spéciale n'est pas accordée dans ce pays, ces œuvres seront protégées comme œuvres artistiques.

Cette disposition dont la rédaction est assez compliquée⁵⁸, permet aux États membres de distinguer les œuvres des arts appliqués des autres œuvres artistiques, et de prévoir un régime distinct du droit d'auteur où pourraient figurer des formalités⁵⁹. L'article 2(7) déroge à la règle conventionnelle générale de l'indépendance de la protection de l'existence de la protection dans le pays d'origine, puisque l'article 2(7) dispose que, si le pays d'origine ne protège les œuvres des arts appliqués que par un régime qui ne relève pas du droit d'auteur, les pays unionistes pourront également limiter la protection de l'œuvre des arts appliqués étrangère. Donc, si le pays d'origine ne protège l'œuvre que par un régime de dessins et modèles

58. Pour son histoire, voir, par exemple Ricketson & Ginsburg, *supra* note 10 aux § 8.59-8.69.

59. Voir van Gompel, *supra* note 4 au §5.1.2.2.

(qui comporte forcément des obligations de dépôt et d'inscription), les autres États membres pourront également exiger que l'œuvre ait été inscrite (et que d'autres conditions préalables à la protection par le régime de dessins et modèles aient été accomplies). Mais, si le pays d'origine protège l'œuvre des arts appliqués par le droit d'auteur (c'est-à-dire, que ce pays applique la règle de l'unité de l'art), les autres États membres devront accorder une protection libre de formalités à cette œuvre. Par conséquent, la possibilité pour un État membre d'imposer des formalités sur une œuvre d'art appliqué dépendra de la nature de la protection au pays d'origine.

2.2 *Durée*

Nous avons vu que les formalités, telles que le renouvellement de l'inscription de l'œuvre, qui affectent la durée du droit d'auteur pendant le délai minimal prévu par la Convention de Berne méconnaissent l'article 5(2)⁶⁰. Mais les États membres pourraient instaurer des obligations de renouvellement après l'expiration du délai conventionnel minimal. Ainsi, un État membre ayant un délai de 70 ans *post mortem auctoris* (pma) pourrait soumettre la jouissance par les auteurs nationaux et unionistes des derniers vingt ans à la condition du renouvellement. En plus, si le délai de protection dans le pays d'origine est plus court que celui du pays où la protection est réclamée (par exemple, 50 ans pma), la règle de traitement national ne s'applique pas quant au délai, et les États membres peuvent, soit refuser complètement l'application des vingt dernières années⁶¹, soit imposer quant aux œuvres étrangères des obligations de renouvellement, pourvu qu'ils imposent les mêmes obligations aux auteurs nationaux⁶².

60. *Supra* texte aux notes 18-24.

61. Voir Berne, *supra* note 8, art. 7(8) (« Dans tous les cas, la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée ; toutefois, à moins que la législation de ce dernier pays n'en décide autrement, elle n'excédera pas la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre. »).

62. En dehors du délai de protection, la règle du traitement national reste une obligation générale, voir Ricketson & Ginsburg, *supra* note 10 aux §6.93-6.97. De plus, la règle de traitement national n'est pas complètement écartée en matière de durée. La règle du traitement national ne s'impose pas au-delà du délai conventionnel minimal, mais un pays membre ne peut pas pour autant enfreindre la règle pour appliquer le même délai de protection, mais en y imposant des conditions dont les œuvres locales sont dispensées. C'est donc du tout ou rien, soit le pays membre exclut l'œuvre étrangère du délai plus long, soit il accorde à l'œuvre étrangère le même délai et aux mêmes conditions.

Réfléchissons sur un cas concret : le délai minimal prévu par la Convention de Berne pour les œuvres cinématographiques est de « cinquante ans après que l'œuvre aura été rendue accessible au public avec le consentement de l'auteur »⁶³. Pour les œuvres antérieures à 1978, le délai de protection aux États-Unis est de 95 ans suivant la première publication ; le même délai s'applique aux *works made for hire* créées à partir de 1978 ; les œuvres audiovisuelles sont souvent des *works made for hire*⁶⁴. Si le délai de protection des œuvres cinématographiques en droit interne d'un État membre ne dépasse le minimum conventionnel, les États-Unis pourraient, en conformité avec la Convention de Berne, soit refuser complètement la protection pendant les dernières 45 années du délai américain, soit rendre la protection conditionnelle à l'accomplissement d'une obligation de renouvellement aux États-Unis, sous réserve de la règle de traitement national. Si la durée dans le pays d'origine dépasse le minimum conventionnel, mais pas celui des États-Unis⁶⁵, la Convention de Berne prévoit l'application de la règle de la durée la plus courte. À moins que la législation dans le pays de protection n'en dispose autrement, l'œuvre étrangère bénéficiera du délai en vigueur dans le pays d'origine, au lieu de celui plus long prévu par la législation du pays de protection⁶⁶. Il s'ensuit que les États-Unis pourraient imposer une obligation de renouvellement pour que l'œuvre étrangère soit protégée durant la période entre la date d'expiration du délai de protection dans le pays d'origine, et celle de l'expiration du délai de quatre-vingt-quinze ans aux États-Unis, tout comme les États-Unis pourront simplement refuser toute protection pour l'œuvre étrangère au-delà de la date d'expiration du délai dans le pays d'origine. De même, le législateur américain pourrait, conformément à la Convention de Berne, requérir l'inscription et le renouvellement des œuvres cinématographiques américaines et étrangères cinquante ans suivant leur première publication ou mise à la disposition du public (délai conventionnel)⁶⁷.

63. Berne, *supra* note 8 art 7(2).

64. Voir 17 USC §101, 302 et 304 (2012).

65. Par exemple, selon la Directive européenne sur la durée du droit d'auteur et des droits voisins, la durée de la protection des œuvres audiovisuelles est de 70 ans suivant la mort du dernier coauteur survivant parmi le réalisateur, le scénariste, et le compositeur de la bande sonore. Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, art 2(2), Journal officiel no L 290 du 24 novembre 2013 pp 0009-0013, à la p 11. Il est concevable que les 70 ans pma du dernier survivant s'épuisent avant que ne s'écoulent les 95 ans suivant la première publication.

66. Berne, *supra* note 8, art 7(8). Les États-Unis n'appliquent pas actuellement la règle de la durée la plus courte.

67. Voir *infra* note 71.

2.3 Droits protégés

À première vue, on pourrait croire qu'étant donné l'ampleur des minima conventionnels (tels que complétés par l'Accord sur les ADPI, les traités de OMPI, à savoir le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur⁶⁸ (« WCT ») et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes⁶⁹ (« WPPT ») et le principe de traitement national, qu'il n'existe pas de droits « Berne-plus » dont l'exercice pourrait être soumis à la condition d'accomplissement de formalités. Comme l'a montré notre analyse des « sanctions Berne-plus », même si « l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours »⁷⁰ dépassent les minima conventionnels, un État membre ne peut assujettir à l'accomplissement de formalités ni la disponibilité de la sanction ni l'étendue du droit ; la formule « droits Berne-plus » serait aussi fautive que celle des « sanctions Berne-plus ».

Mais certains pourraient tenter de transformer de façon détournée des droits conventionnels en droits « Berne-plus » en passant par la voie des exceptions. Les lois nationales pourraient commencer par créer des exceptions et limitations que la Convention permet aux États membres d'imposer, puis prévoir qu'une exception ou limitation déjà conforme avec la Convention ne s'appliquerait pas si l'auteur ou l'ayant droit s'acquittait d'une mesure déclarative. En effet, cette approche permettrait aux auteurs de faire un *opting out*, d'exercer une option de retrait d'une exception ou limitation en déclarant son opposition à son application⁷¹, à l'instar de l'article 10bis(1) de la Convention de Berne, qui dispose que :

68. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 décembre 1996, 2186 UNTS 121, en ligne : <<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/>>.

69. Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 décembre 1996, 2186 UNTS 203, en ligne : <<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/>>.

70. Berne, *supra* note 8 art 5(2) ; voir discussion *supra* à la note 62.

71. Cette approche se distingue de celle préconisée par le *Copyright Principles Project*, qui rendrait une œuvre non inscrite plus susceptible à l'exception de *fair use* que ne l'est une œuvre inscrite au Copyright Office. Voir Pamela Samuelson et al, « The Copyright Principles Project: Directions for Reform », (2010) 25:3 *Berkeley Technology Law Journal* 1175 à la p 1200 (« Unregistered works would still be protected by copyright law against exact or near-exact copying that would cause commercial harm, but fair uses might well be broader as to such works. »). La proposition du Copyright Principles Project viole l'article 5(2) de la Convention de Berne parce qu'il fait dépendre l'étendue de la protection de l'inscription. Le non-accomplissement de la formalité de l'inscription entraîne une atteinte plus importante aux droits exclusifs qu'ils ne subiraient pas si l'œuvre avait été inscrite.

Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction par la presse, ou la radiodiffusion ou la transmission par fil au public, des articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou recueils périodiques, ou des œuvres radiodiffusées ayant le même caractère, *dans les cas où la reproduction, la radiodiffusion ou ladite transmission n'en est pas expressément réservée.*⁷² [Les italiques sont nôtres.]

Autrement dit, la réserve relative à l'exception a pour effet d'*augmenter* l'étendue des droits exclusifs, en interdisant des utilisations qui autrement auraient pu, conformément avec les normes conventionnelles, limiter l'étendue des droits de reproduction et de communication au public.

L'option de retrait par le biais d'une réserve expresse est-elle alors une mesure déclarative compatible avec la Convention de Berne qui pourrait s'appliquer à d'autres exceptions de droit national permises par les Conventions ? La réponse la plus nette est « non », car des mesures déclaratives reviendraient toujours à imposer des conditions à « l'étendue de la protection » ; que les formalités entrent par la grande porte (la disponibilité du droit) ou par la petite porte des exceptions, elles continueraient de délimiter l'étendue de la protection.

Une réponse moins lapidaire est « probablement pas ». La première version de la réserve qui figure actuellement à l'article 10bis(1) a été insérée dans le texte original de la Convention de Berne de 1886 (dans ce qui était alors son article 7) et conservée dans la révision de Berlin de 1908 ; les travaux de la révision de Berlin indiquent expressément que l'option de réserve n'était pas une formalité⁷³. Puisque la révision de Berlin de 1908 est également celle qui a posé l'interdiction des formalités, cette affirmation mérite d'être prise en compte. La mention de l'option de réserve peut être interprétée comme un simple cas de *lex specialis*⁷⁴, une disposition

72. Berne, *supra* note 8 art 10bis(1).

73. Louis Renault (rapporteur), « Rapport Présenté à la Conférence au Nom de sa Commission », dans *Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques – Actes de la Conférence réunie à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908 avec les actes de ratification* (Berne, Bureau de L'Union Internationale Littéraire et Artistique 1910) à la p 240 ; en ligne : <ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/Berlin_1908.pdf>. [Actes 1908].

74. Voir par exemple Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986* (London, Centre for Commercial Law Studies, 1987) au §5.85 ; Alexander Peukert, « A Bipolar Copyright System for the

sui generis qui, tout en dérogeant à la norme de l'interdiction des formalités, ne peut servir à justifier une généralisation de mesures déclaratives obligatoires.

Une réponse encore plus détaillée soulignerait le contexte dans lequel l'article 9(2) de la révision de Berlin a été adopté. Aujourd'hui la disposition (actuellement à l'article 10*bis*(1)) ressemble à une option de retrait d'une limitation sur l'étendue des droits de reproduction et de communication au public, et donc serait une condition applicable à la jouissance de droits minimaux conventionnels. Cependant, au moment de la rédaction de cette disposition, il s'agissait plutôt de l'objet de la protection, non de son étendue. À l'époque, l'objet visé par ce texte, qui disposait que « tout article de journal peut être reproduit par un autre journal, si la reproduction n'en est pas expressément interdite », était considéré comme n'étant de prime abord pas protégeable⁷⁵. Le texte original de la Convention de Berne de 1886 excluait la protection des « nouvelles du jour et les faits divers » (cette exclusion persiste dans l'article 2(8) du texte actuel⁷⁶). En plus, le texte de 1886 et la révision de Paris de 1896 ont refusé la protection des « articles de discussion politique »⁷⁷.

La protection du droit d'auteur international sur le contenu des journaux était donc incertaine et controversée, comme le révèle l'évolution des textes de 1896 et 1908. La révision de 1896 a précisé que « les romans-feuilletons, y compris les nouvelles, publiés dans les journaux ou recueils périodiques d'un des pays de l'Union » ne pouvaient être reproduits sans autorisation⁷⁸ ; le besoin de préciser la protection de ces œuvres témoigne du caractère suspect de tout ce qui était publié dans un journal, y compris des œuvres clairement originales. Les travaux de la révision de 1908 font référence aux revendications des journalistes pour un « respect plus grand » de

Digital Network Environment », (2005) 28:1 *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 1 à la p 66.

75. Pour plus de détails, voir Actes 1908, *supra* note 73 aux pp 249-254 ; « Le droit de reproduction en matière de journaux et de publications périodiques » [1926-07-15] 39:7 *Le droit d'auteur* 73 à la p 82.

76. Berne, *supra* note 8 art 2(8) : « La protection de la présente Convention ne s'applique pas aux nouvelles du jour ou aux faits divers qui ont le caractère de simples informations de presse. » Cette rédaction reprend celle de la révision de Berlin de 1908.

77. *Convention for the Creation of an International Union for the Protection of Literary and Artistic Works* art 7, 9 septembre 1886, 12 Martens (2nd) 173 ; *Additional Act Modifying the International Copyright Convention of 9 September 1886* art 7, 5 avril 1896, 24 Martens (2nd) 758 [ci-après Révision de Paris de 1896].

78. Révision de Paris de 1896, *supra* note 77 art 7.

leurs droits⁷⁹. L'article 9(2) de la révision de Berlin était ainsi un compromis permettant la protection d'un objet autrement exclu du champ de protection, pourvu que l'ayant droit (en général, l'éditeur) ait effectué une déclaration expresse de sa réserve de droits⁸⁰. Remise dans son contexte, la réserve prévue par l'article 10bis(1) se qualifie donc plus comme une mesure déclarative permettant de faire entrer dans le champ de protection des œuvres autrement exclues, que comme une condition affectant l'étendue de la protection d'une œuvre déjà admise à la protection.

Toutefois, ignorant pour l'instant le contexte de l'article 10bis(1), on pourrait se demander comment généraliser cette approche de réserve expresse de droits, faisant dépendre l'étendue des droits de l'accomplissement d'obligations déclaratives. Il convient de souligner que cette technique *ne peut soumettre les droits conventionnels minimaux à une condition de mention de réserve*, car cette démarche violerait l'interdiction de l'article 5(2). Ainsi, pour qu'il s'agisse d'une mesure véritablement « Berne plus », toute exception ou limitation dont un auteur pourrait se prévaloir par le moyen d'une réserve expresse doit être une exception ou limitation qui est *déjà* compatible avec la Convention de Berne. Il est très important de comprendre que la possibilité de retrait ne peut *rendre compatible* aux normes de Berne une exception ou limitation qui n'est autrement pas permise par la Convention. Si, par exemple, un État membre refusait de reconnaître le droit exclusif sur les traductions, ou le soumettait à un régime général de licences légales⁸¹, à moins que l'auteur n'ait expressément réservé des droits de traduction, il s'ensuivrait que l'auteur ne bénéficierait pas des protections minimales de la Convention de Berne et de l'*Accord sur les ADPIC* sans se conformer aux obligations déclaratives. Cela est manifestement contraire à l'article 5(2)⁸².

79. Actes 1908, *supra* note 73 à la p 249 (« Des réclamations se sont élevées de différents côtés dans le sens d'un respect plus grand du droit des journalistes. »).

80. Il semble avoir été compris que cette réserve s'effectuerait au moyen d'un avis dans le journal ou recueil périodique lors de sa première publication. Voir Actes 1908, *supra* note 73 à la p 253 (citant la proposition de la délégation allemande). Il est improbable que les rédacteurs aient envisagé que la réserve devienne ultérieurement une étape d'une procédure administrative d'inscription dans le pays d'origine, et encore moins dans les multiples pays de diffusion du journal. Une telle obligation s'approcherait trop d'une obligation de respecter les multiples formalités nationales, obligation rejetée dès l'origine de l'Union de Berne.

81. De telles exceptions ou limitations sont clairement incompatibles avec le droit de traduction prévu à l'art 18 de la Convention de Berne et avec le test en trois étapes.

82. En plus, une exception aussi vaste que celle-ci ne pourrait constituer un « cas spécial » selon le test en trois étapes. Voir van Gompel, *supra* note 4 à la p 191

En revanche, l'application d'une exception qui s'imposerait également aux auteurs nationaux et étrangers et qui serait compatible avec le test en trois étapes, par exemple, la retransmission de radiodiffusions de compositions musicales dramatiques dans les bars et dans les restaurants⁸³, pourrait éventuellement être assujettie à une condition de mention de réserve⁸⁴. En l'occurrence, la réserve accorderait à l'auteur des droits *plus étendus* que ceux requis par la Convention. Ce genre de condition, même si compatible avec la Convention, ne semble pas apte à recueillir l'enthousiasme des adeptes de la « reformalisation » du droit d'auteur, car elle aboutirait à une protection plus large, alors que le but des adeptes de la « reformalisation » est de réduire autant que possible cette protection.

Ceci dit, il convient de reconnaître que la compatibilité d'une exception avec les normes de la Convention de Berne n'est pas toujours claire. On peut supposer que l'application d'une condition de mention de réserve aux exceptions dont la conformité à la Convention de Berne n'est pas certaine pourrait plaire à ceux qui cherchent à réduire la portée de la protection du droit d'auteur. Car, en adoptant un raisonnement inventif, on pourrait augmenter le nombre d'exceptions autrement compatibles avec les normes internationales, et donc pour lesquelles le retrait par le biais de la mention de réserve serait permis. On pourrait ensuite poursuivre l'argumentation, en plaidant pour l'admission d'exceptions qui seraient réputées compatibles justement *parce* qu'elles sont soumises à la mention de réserve. En fin de compte, le régime conventionnel de droits exclusifs serait remplacé par un système d'exceptions auxquelles l'auteur devrait s'opposer par une mention de réserve afin de conserver ses droits exclusifs.

(« Berne Union states may not go as far as introducing overly broad exceptions or limitations that would have the effect of subjecting the enjoyment or the exercise of the right as such to situation-specific formalities », car une telle démarche « would oppose the first of the three steps, according to which an exception or limitation can only be imposed in certain specific cases. »). Ceci dit, l'on pourrait envisager une série d'exceptions plus ponctuelles, chacune constituant un « cas spécial » mais qui cumulativement soumettraient la jouissance du droit à l'accomplissement de formalités.

83. Voir Section 110(5) Panel Report, *supra* note 38 au §7.1(a) (statuant que l'exception prévue par 17 USC §110(5) concernant la retransmission des radiodiffusions de compositions musicales non dramatiques violait le test en trois étapes, mais statuant également que restreindre l'exception aux compositions musicales dramatiques était compatible avec le test en trois étapes.

84. Pour des raisons indiquées *supra* note 80, toute réserve devrait se limiter à une déclaration unique ; l'auteur ou l'ayant droit ne devraient pas être contraints à déposer des réserves dans chaque pays dont la loi nationale autorise l'option de retrait des exceptions permises par la Convention de Berne.

Voici comment l'argument se ferait : imaginons d'abord une exception dont la compatibilité avec les normes conventionnelles est incertaine, par exemple, la numérisation à des fins d'éducation sans but de lucre des livres qui ne sont plus disponibles dans le commerce. Ensuite, on accorderait aux auteurs ou à leurs ayants droit la possibilité de s'opposer à la numérisation et la diffusion de leurs livres par le biais d'une mesure déclarative. En troisième lieu, on appliquerait le test en trois étapes de la manière suivante : première étape – les œuvres couvertes par l'exception constituent un « cas spécial » parce que l'objet serait bien défini quant aux œuvres concernées (livres épuisés) et quant à l'utilisation (éducation sans but de lucre). Deuxième étape : il n'existe pas de conflit avec une « exploitation normale » de l'œuvre puisqu'un livre épuisé n'est pas exploité, et parce que l'auteur ou l'ayant droit peut protéger les exploitations futures en exerçant l'option de retrait ; si l'auteur ou l'ayant droit n'effectue pas la démarche déclarative de retrait, cela voudrait dire soit qu'il n'existe pas de marché actuel ou potentiel pour l'œuvre, sinon que l'auteur ou l'ayant droit sont indifférents quant à son exploitation. Troisième étape : l'exception « ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur » ou de l'ayant droit, car l'option de retrait leur donne la possibilité d'éviter tout préjudice, injustifié ou autre⁸⁵.

85. Les États membres peuvent satisfaire à la troisième étape en prévoyant une compensation ou une rémunération équitable, mais dans notre hypothèse, il ne serait pas nécessaire de compenser l'auteur pour des utilisations qui ne faisaient pas l'objet d'une exploitation par lui ou par des tiers licenciés. Je ne voudrais pas suggérer qu'une exception couvrant la numérisation à des fins d'éducation sans but de lucre n'est pas compatible avec le test en trois étapes. Au contraire, une telle exception, soumise à la condition d'une recherche avérée, sérieuse et documentée des ayants droit, effectuée par le bénéficiaire de l'exception, serait bel et bien permise selon la Convention de Berne. Voir *Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines* ; voir art 2(1), 6(1), Journal officiel n° L 299/5 du 25 octobre 2012, aux pp 9-10 ; en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0028&from=FR>> (obligeant les États membres à prévoir « une exception ou une limitation au droit de reproduction et au droit de mise à disposition du public [...] pour garantir que [certaines organisations opérant dans l'intérêt général] soient autorisées à faire des œuvres orphelines présentes dans leurs collections les utilisations [à des fins d'éducation de de conservation] » et disposant qu'« une œuvre ou un phonogramme sont considérés comme des œuvres orphelines si aucun des titulaires de droits sur cette œuvre ou ce phonogramme n'a été identifié ou, même si l'un ou plusieurs d'entre eux a été identifié, aucun d'entre eux n'a pu être localisé bien qu'une recherche diligente des titulaires de droits ait été effectuée et enregistrée [...] »). Mais, présumer l'exception compatible parce qu'elle propose une option de retrait est plutôt discutable, et serait contraire aux normes de la Convention de Berne si l'option de retrait se substituait à l'obligation d'une recherche diligente et documentée.

Une telle application du test en trois étapes est-elle conforme aux normes de la Convention de Berne ? D'abord, la proposition selon laquelle la possibilité d'opter pour un retrait permet à l'exception de remplir les critères des deuxième et troisième étapes du test prévu par l'article 9(2) de la Convention de Berne et par l'article 13 de l'*Accord sur les ADPIC* fait abstraction du détail de la mise en œuvre du retrait. À la différence de l'article 10*bis*(1) de la Convention de Berne, qui établit une exception supranationale en faveur de la reprise par la presse d'articles de presse et dont le retrait est susceptible d'une mise en œuvre uniforme partout dans l'Union de Berne par le biais d'une mention de réserve publiée dans le journal, le test en trois étapes permet aux États membres de façonner des exceptions nationales selon leurs propres besoins, et il n'est pas nécessaire que les besoins ou les politiques des États membres soient les mêmes.

Par conséquent, les exceptions prévues par les États membres peuvent être très différentes, ainsi que les moyens qu'elles prévoient pour effectuer le retrait. Le foisonnement d'exceptions nationales dont on peut se retirer impose un fardeau important et grandissant aux auteurs et ayants droit, les forçant à apprendre l'existence et l'étendue des exceptions nationales et à prendre les mesures nécessaires pour éviter leur application.

La législation canadienne récente fournit un bon exemple des problèmes découlant des exceptions dont l'auteur ou l'ayant droit peut se retirer. L'article 30.04 de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, LC 2012, c 20, dispose que :

30.04 (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait pour un établissement d'enseignement ou une personne agissant sous son autorité d'accomplir les actes ci-après à des fins pédagogiques à l'égard d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur qui sont accessibles sur Internet :

- a) les reproduire ;
- b) les communiquer au public par télécommunication si le public visé est principalement formé d'élèves de l'établissement d'enseignement ou d'autres personnes agissant sous son autorité ;

- c) les exécuter en public si le public visé est principalement formé d'élèves de l'établissement d'enseignement ou d'autres personnes agissant sous son autorité ;
 - d) accomplir tout autre acte nécessaire à ces actes [...]
- (4) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'autoriser l'accomplissement d'un acte à l'égard d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur si, selon le cas [...]
- b) un avis bien visible – et non le seul symbole du droit d'auteur – stipulant qu'il est interdit d'accomplir cet acte figure sur le site Internet, l'œuvre ou l'objet.

Le professeur Victor Nabhan a soulevé la question de la compatibilité de cette disposition avec l'article 5(2) de la Convention de Berne et a souligné les difficultés quant à sa mise en œuvre, étant donné que plusieurs sites Internet énumèrent les utilisations permises mais non pas celles interdites (l'interdiction d'utilisation ne se retrouvant pas sur la liste d'utilisations autorisées, devenant implicite). Le professeur Nabhan interprète le texte canadien comme exigeant une interdiction expresse ; l'absence sur des sites Internet d'interdiction distincte d'utilisations éducationnelles voudrait dire que l'auteur n'a pas correctement effectué le retrait⁸⁶.

L'incompatibilité avec l'interdiction par la Convention de Berne des formalités affectant la jouissance et l'exercice des droits se révèle encore plus criante lorsqu'on considère quelles seraient les conséquences si d'autres pays venaient à prévoir des exceptions similaires. Supposons, par exemple, qu'en plus de l'exigence du Canada que l'auteur d'une œuvre mise sur Internet exprime de façon expresse son interdiction de reproductions ou de communications au public « à des fins pédagogiques », que l'État membre X ait instauré des exceptions soumises aux retraits à l'égard des représentations publiques lors des services religieux, et que l'État membre Y ait adopté des exceptions soumises aux retraits pour les reproductions au bénéfice des handicapés visuels, et que l'État membre Z ait prévu des exceptions soumises aux retraits pour l'exercice de tous les droits afin de

86. Voir Victor Nabhan, « L'influence des usages sur le droit des exceptions—Canada : prise en compte par la loi des nouveaux usages et consécration par la jurisprudence d'un droit à l'exception en faveur de l'utilisateur », dans *Actes du colloque L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation* [juin 2013] *Revue Lamy – Droit de l'immatériel*.

promouvoir la numérisation massive des œuvres indisponibles dans le commerce. Si, comme c'est le cas au Canada, l'apposition de la mention de réserve classique [le ©] ne suffisait pas pour effectuer le retrait, il semblerait que les auteurs ou ayants droit seraient obligés, de façon constante, de rechercher quelles sont les exceptions soumises aux retraits, et de s'y opposer expressément selon les modalités prévues par les législations nationales.

Au-delà du contenu de l'objection, la façon d'exprimer et de communiquer le retrait pose un problème majeur quant à son éventuelle complexité. Chaque État membre aura-t-il sa formule régissant l'expression de la réserve ? Comment cette expression se communiquera-t-elle ? Sur des sites Internet de diffusion de l'œuvre ? Sur le site Internet personnel de l'auteur ? Sur les exemplaires de l'œuvre ? Les États membres constitueront-ils chacun un registre d'opposition aux exceptions ? Y aura-t-il un registre centralisé, peut-être géré par l'OMPI ?

Ayant évoqué les complexités découlant des exceptions dans l'espace, n'oublions pas celles qui résultent de la mise en œuvre dans le temps. Les exceptions peuvent évoluer dans le temps aussi bien que dans l'espace. Même si une déclaration unique au moment de la première divulgation de l'œuvre, par exemple par la création d'un registre centralisé ou peut-être par le biais de la métadonnée numérique, ne semblerait pas un fardeau important⁸⁷, qu'en est-il des exceptions que les États membres peuvent prévoir après la première divulgation ? Dans cette hypothèse, la mise en œuvre du retrait s'avère particulièrement délicate. Même si l'État membre accordait aux auteurs un moyen efficace pour s'opposer à l'application de l'exception, un tel système obligerait les auteurs à une vigilance constante, pour se prémunir contre la perte de leurs droits partout dans le monde lorsque de nouvelles exceptions entrent en vigueur. Cela imposerait un niveau de vigilance encore plus onéreux qu'une « simple » obligation d'inscription de l'œuvre lors de sa première publication. Par exemple, si la déclaration effectuant le retrait se communiquait par la métadonnée contenue dans chaque exemplaire de l'œuvre, l'auteur ne pourrait pas rassembler les copies déjà diffusées afin de modifier leur métadonnée. Quant aux nouveaux exemplaires, si l'auteur devait constamment modifier la métadonnée, il en

87. Bien entendu, on devrait encourager les auteurs à fournir les informations concernant la gestion de leurs droits, et la technologie devrait évoluer afin d'aider les auteurs à y parvenir.

résulterait une grande confusion pour les utilisateurs en possession de différents exemplaires de la même œuvre⁸⁸.

Si c'est le retrait qui rendrait l'exception compatible avec les normes internationales, il s'ensuivrait que l'exception ne devrait pas s'appliquer aux œuvres créées ou divulguées avant l'entrée en vigueur de l'exception, sinon les droits de l'auteur seraient injustement violés. Mais si le caractère prospectif des exceptions soumises aux retraits peut pallier l'injustice qui résulterait d'une obligation de modifier les exemplaires ou les sites de diffusion afin de communiquer de nouvelles déclarations de réserve, l'application purement prospective semblerait aller à l'encontre des objectifs poursuivis par l'établissement de l'exception, puisqu'une exception purement prospective ne facilitera pas la recherche des ayants droit des œuvres anciennes.

En plus, à la lumière des considérations que nous venons d'évoquer, au moins un des arguments pour justifier un système de formalités sujettes à retrait, à savoir que l'auteur ou l'ayant droit sont « indifférents » à l'exploitation de leurs œuvres, manque de crédibilité. Qu'un auteur n'effectue pas le retrait d'une pluralité

88. Cette difficulté a déjà été constatée par rapport à la métadonnée relative à l'option de retrait de la protection du droit d'auteur ; la solution inverse, obligeant effectivement l'auteur à exercer une option de retrait afin de bénéficier de la pleine protection du droit d'auteur, poserait le même problème. Voir Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), *Note sur les licences Creative Commons* (2006) ; en ligne : <<http://www.alai.org/resolutions.html>>.

Selon l'ALAI :

L'auteur peut certes cesser lui-même de mettre à disposition son œuvre sous licence CC ou proposer directement sur son site Internet une licence CC plus restreinte, mais il ne pourra probablement pas arrêter la diffusion de copies assorties des anciennes conditions de licence. Dans ce cas, on peut imaginer que soient simultanément applicables à une même œuvre des versions différentes de la licence CC.

Selon l'association Creative Commons :

Les licences Creative Commons sont irrévocables. Par conséquent, vous ne pouvez pas empêcher quelqu'un qui a obtenu votre œuvre sous licence Creative Commons de l'utiliser dans les limites de cette licence. Vous pouvez cesser de diffuser votre œuvre sous licence Creative Commons à tout moment si vous le souhaitez, mais cette décision n'aura pas pour effet de retirer de la circulation les copies de votre œuvre qui existent déjà sous licence Creative Commons, qu'il s'agisse de copies inchangées, de copies incorporées dans des œuvres collectives et/ou d'adaptations de votre œuvre.

Il importe donc de bien réfléchir lorsque vous choisissez une licence Creative Commons pour être sûr que vous voulez bien que les gens utilisent votre œuvre en respectant les conditions de la licence même si vous cessez par la suite de diffuser votre œuvre.

FAQ 1.6 Et si je change d'avis ? (cité dans la Note de l'ALAI).

d'exceptions nationales peut résulter simplement d'un manque de ressources, et non pas d'une évaluation rationnelle de l'incidence des exceptions sur ses exploitations actuelles ou futures. Les titulaires bien nantis ou sophistiqués seraient en mesure de comprendre la nécessité des retraits systématiques aux exceptions, et détiendraient les fonds voulus pour entreprendre les déclarations requises. Les titulaires plus modestes et les auteurs individuels seraient moins aptes à apprécier le fonctionnement des régimes de retrait et moins capables d'en assumer les coûts. Un système de retrait finirait par perpétuer, et aggraver, le préjudice que les systèmes de formalités causent déjà aux créateurs individuels. Une multitude de divers modes de retraits nationaux ne favorise pas les utilisateurs non plus car ils devront assumer la charge d'investiguer quels actes non autorisés par l'auteur ou l'ayant droit seront permis. En fin de compte, au lieu de réduire les coûts des transactions, cette variante des formalités conduira à en augmenter le fardeau. Ce retour aux formalités se révèle injuste envers les auteurs ainsi qu'envers le public.

Plus on creuse la question des formalités touchant des droits « Berne-plus » à travers la mise en œuvre des lois nationales prévoyant des exceptions soumises aux retraits, plus on comprend que les fondateurs de la Convention de Berne ont vu juste en voulant supprimer les formalités comme conditions à la jouissance et à l'exercice des droits.