

Vol. 19, n° 3

**Les œuvres retrouvées ou
restaurées en droit d’auteur :
l’affaire *Hyperion* au Royaume-Uni**

Paul L.C. Torremans*

1. INTRODUCTION	1101
2. L’AFFAIRE <i>HYPERION</i>	1102
2.1 De quoi s’agissait-il vraiment ?	1102
2.2 L’originalité.	1104
2.3 La subsistance	1111
2.4 La contrefaçon et les droits moraux.	1113
3. L’AFFAIRE DES ROULEAUX DE LA MER MORTE	1114
4. QUELQUES CONSIDÉRATIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	1114

© Paul L.C. Torremans, 2007.

* Professeur de propriété intellectuelle, School of Law, University of Nottingham (Royaume-Uni) et professeur de droit international privé, Faculté de droit, Université de Gand (Belgique).

4.1	L'existence d'un droit d'auteur	1115
4.1.1	Les formes d'œuvres protégées	1119
4.1.2	L'originalité	1119
4.2	La contrefaçon	1120
4.2.1	L'étendue du droit exclusif	1120
4.2.2	Exceptions aux droits exclusifs	1124
4.2.3	Les sanctions civiles	1125
4.2.4	Conclusion en ce qui concerne le droit international privée	1125
5.	CONCLUSION.	1126

1. INTRODUCTION

Le droit d'auteur ne comporte pas de règles spécifiques concernant les œuvres retrouvées ou restaurées (ou faut-il dire « reconstituées » ?). Ce n'est peut-être pas un hasard. Il faut en effet se concentrer sur les concepts de base du droit d'auteur afin de déterminer comment celui-ci règle les problèmes relatifs à ces œuvres retrouvées ou restaurées. Tout d'abord, il y a par définition deux créateurs dans toute affaire de restauration ou de reconstitution. En plus, ils ont entrepris leur activité créative à deux moments différents. Ceci crée bien entendu des problèmes d'originalité. Est-ce que l'œuvre du restaurateur ou de celui qui reconstitue l'œuvre équivaut à une contribution originale au sens du droit d'auteur ? Il faut définir le concept d'originalité de façon très claire si on veut être en mesure d'apporter une réponse à cette question. Les conditions d'originalité doivent être établies de façon exemplaire. Une deuxième question qui se pose est de savoir si oui ou non l'œuvre qui forme le résultat d'une restauration ou d'une reconstitution est bien en tant que tel une œuvre littéraire ou artistique au sens du droit d'auteur, indépendamment de l'œuvre d'origine. Pour ces deux questions, la définition qu'on donne au terme « auteur », ainsi que l'utilisation de ce concept, sera d'une importance capitale.

On risque alors de se lancer dans un exercice purement théorique et d'écrire un traité du droit d'auteur. Il faudra alors envisager tous les angles possibles et le résultat deviendra plutôt abstrait, tandis que le problème se pose d'une manière pratique. L'auteur a donc choisi de se concentrer sur la décision récente de la Cour d'appel au Royaume-Uni dans l'affaire *Hyperion Records c. Lionel Sawkins*¹, du moins comme point de départ d'analyse. Dans un deuxième temps, il faudra voir si on peut en déduire des conclusions générales.

1. *Hyperion Records c. Lionel Sawkins*, [2005] 3 All ER 636 (CA). Voir aussi Robinson, « *Hyperion Records Ltd. v. Dr. Lionel Sawkins* : It's like that and that's the way it is », [2005] *Ent. L.R.* 191.

2. L'AFFAIRE *HYPERION*

2.1 De quoi s'agissait-il vraiment ?

Déterminons tout d'abord qu'il ne s'agit pas d'une affaire facile. Les faits qui la constituent ont une grande incidence. Il faut en comprendre le détail, car les conclusions juridiques dépendent largement de petits détails factuels. Mais ceci ne devrait guère surprendre les spécialistes du droit d'auteur.

En Cour d'appel, Lord Justice Mummery a rendu le jugement principal et il a décrit la question principale sous étude de la façon suivante :

Does copyright subsist in modern performing editions of the out-of-copyright music of Michel-Richard de Lalande, the principal court composer at the courts of Louis XIV and Louis XV ?²

Il est important de bien se rappeler que le docteur Sawkins est probablement l'expert le plus éminent en ce qui concerne la musique de Lalande et qu'il était le compositeur de ces éditions de concert des pièces de Lalande. Il ne fait aucun doute bien sûr que le droit d'auteur dans les pièces d'origine de Lalande était venu à son terme bien avant l'intervention du docteur Sawkins. Swakins revendiquait un droit d'auteur dans ces éditions de concert, tandis que la maison de disques Hyperion ne reconnaissait pas l'existence d'un droit d'auteur dans celles-ci. Il faut aussi préciser que c'était bien Sawkins qui avait livré les éditions de concert que l'ensemble orchestral et le chœur Ex Cathedra avaient utilisé au cours de l'enregistrement des œuvres de Lalande pour le disque compact d'Hyperion. Mais les parties n'avaient jamais mené à terme leur discussion sur le droit d'auteur et Sawkins a porté plainte pour infraction au droit d'auteur au moment où Hyperion a mis le disque compact sur le marché. Il y avait selon lui contrefaçon, mais également une atteinte à son droit moral de paternité.

Dans quel aspect de l'œuvre exactement Sawkins revendiquait-il son droit d'auteur ? Lord Justice Mummery a résumé les questions juridiques qui se posaient dans cette affaire de la façon suivante :

As there has been some misunderstanding about the legal issues in the case, I should first make clear what the case is *not*

2. *Hyperion Records c. Lionel Sawkins*, [2005] 3 All ER 636 (CA), par. 1.

about. Dr. Sawkins has not made any claim in this action to any copyright in (a) the music composed by Lalande ; or (b) an arrangement, transcription or interpretation of Lalande's music ; or, (c) a compilation of Lalande's music ; or (d) a typographical arrangement of Lalande's music. The claim made by Dr. Sawkins is confined to copyright in the particular works originated by him. They take the material form of musical scores embodying performing editions of 3 pieces of music by Lalande. Dr. Sawkins originated the performing editions in the copyright sense : that is, he used his own substantial and independent effort, skill and time to create them. They did not exist as such before he produced them. He is the author (again in the copyright sense) of each of the [performing] editions.³

Sawkins avait l'intention de rester le plus près possible de l'œuvre originale de Lalande. Son intervention n'implique pas de nouvelles composition ou création de l'œuvre musicale de Lalande. Le résultat n'est pas non plus un arrangement de l'œuvre d'origine au sens du droit d'auteur. La Cour a accepté que l'œuvre musicale de Lalande n'existait plus dans une version qui permettait de jouer l'œuvre lors d'un concert ou d'une session d'enregistrement. L'apport de Sawkins était de rendre cette performance à nouveau possible. Son intervention permettait aux musiciens de jouer les œuvres de Lalande. Il transposait le matériel d'origine dans une écriture conventionnelle musicale moderne, il corrigeait le matériel d'origine en cas de besoin et ajoutait quelques détails. Il est d'une importance capitale de bien réaliser que c'est seulement dans l'une des œuvres que des notes avaient été ajoutées, c'est-à-dire des notes écrites par Sawkins. L'intervention de Sawkins a été résumée, œuvre par œuvre, comme suit par la Cour d'appel :

A. Te Deum Laudamus (1684)

Dr. Sawkins made necessary corrections and additions to the notation to make the music playable (see paragraph 65). The corrections and re-compositions totalled 141. He added figuring to the bass line. The construction of a figured bass accounted for 672 of 1,139 corrections to the score, either by correcting mistakes or enhancing the performers' comprehension of the chords to be played by adding extra figures. 319 of these were his own interventions. They were not derived from other source materials. Ornamentation in the form of trills on notes was also added.

3. *Hyperion Records c. Lionel Sawkins*, [2005] 3 All ER 636 (CA), par.15 et 16.

B. La Grande Piece Royale (1695-Paillard edition 1964)

This orchestral suite in 6 linked movements was derived from 4 sources. Dr. Sawkins re-created viola parts for passages of it that were missing. This took up 153 bars of the work's 268 bars. It was the bulk of the work done by Dr. Sawkins. There were also 34 editorial interventions. Patten J found (paragraph 64) that Dr. Sawkins had made the music playable by transposing from the source material the common notation and, where necessary, had corrected it. Hyperion now accepts that the viola part is a significant re-composition and that it is music in which copyright can subsist, but submits that it was copied from the Paillard edition and that Dr. Sawkins has no copyright in it. The judge held, however, that Dr. Sawkins did not consciously or unconsciously copy from the Paillard edition (paragraph 31). I shall return to this point later in the judgment.

C. Venite Exultemus (1701)

This is a large scale choral and orchestral piece in 8 movements. It lasts for 26 minutes. Dr. Sawkins derived it from various scores and from editions by Cauvin in 1715 and Hue 1729-34. Most of the work done by Dr. Sawkins was in adding the figured bass. The changes and additions also included the correction of 27 wrong notes and re-composition of the text. There were 659 corrections to figured bass. 134 of them were not derived from any of the sources, such as Hue. He made a total of 747 interventions.⁴

La prétention de Sawkins qu'il y avait contrefaçon le mettait dans l'obligation de faire la preuve de l'existence d'un droit d'auteur lui échéant dans ces éditions de concert. Tout dépendait du point de vue qui serait adopté par la Cour en ce qui concerne l'originalité et la subsistance.

2.2 L'originalité

Au cours de cette affaire, on a parlé souvent d'un point qui concernerait l'ordre public. Un droit d'auteur dans l'œuvre restaurée d'une version originelle dans laquelle ne subsiste plus de droit d'auteur nuirait à l'accès à l'œuvre (d'origine). Cet argument est basé sur la considération que la vraie originalité réside dans l'œuvre d'origine. Dans cette perspective, un nouveau droit d'auteur pour une telle œuvre (restaurée) entrerait en conflit avec l'ordre public.

4. *Hyperion Records c. Lionel Sawkins*, [2005] 3 All ER 636 (CA), par. 26.

L'affaire *Hyperion* nous offre une occasion unique d'enterrer ce mythe. Le droit d'auteur ne protège qu'une expression particulière d'une idée. L'idée elle-même n'est pas protégée. Un droit d'auteur dans une œuvre restaurée ou reconstituée ne protégera donc que l'expression de la version restaurée ou reconstituée de l'œuvre si l'œuvre d'origine n'était plus protégée par un droit d'auteur en vigueur. Tout le monde reste libre d'utiliser le matériel qui n'est plus couvert par un droit d'auteur. Ou, si on se base sur les faits de l'affaire *Hyperion*, le fait de donner à Lionel Sawkins un droit d'auteur dans ses éditions de concert ne rend pas impossible pour des tiers de copier les œuvres musicales de Lalande, ou même d'en faire leurs propres éditions de concert. Tout ce qui leur est interdit est d'utiliser le raccourci offert par l'existence des éditions de concert de Sawkins en en faisant des copies sans son consentement. Ce dernier point est l'expression la plus évidente de l'ordre public du droit d'auteur, c'est-à-dire l'interdiction de copier sans le consentement de l'ayant droit certaines formes matérielles d'expression. Il faut donc faire attention avant d'utiliser un argument basé sur l'ordre public dans un autre but dans ce genre d'affaire.

Par contre, le point essentiel dans ce débat réside dans le fait que, du point de vue de l'ordre public, seulement certaines formes matérielles d'expression méritent d'être protégées par le droit d'auteur. Il s'agit bien sûr de formes d'expression originales. Regardons d'abord cette notion d'originalité dans une perspective plus large. Il ne s'agit pas de la notion d'originalité de la langue parlée ou des dictionnaires. La nouveauté ou l'innovation ne sont pas revendiquées. Au contraire, le simple point de départ est que l'œuvre n'a pas été copiée et trouve ses origines auprès de l'auteur, tout comme la House of Lords l'a précisé dans l'affaire *Ladbroke c. William Hill*⁵. L'auteur est censé produire sa propre expression de l'idée, mais le test qui permet d'établir si l'œuvre trouve ses origines auprès de l'auteur n'est que l'adoption d'un standard d'un effort minimal. L'idée ne doit pas être une idée nouvelle, car l'idée elle-même n'est pas couverte par le droit d'auteur. L'auteur doit seulement avoir investi « son aptitude, son jugement et son travail » ou « sa sélection, son jugement et son expérience » ou encore « son travail, son aptitude et son capital » dans la création de l'œuvre. En réalité, il s'agit de deux conditions cumulatives. Premièrement, l'œuvre doit trouver ses origines (ou ses

5. *Ladbroke (Football) Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All ER 465, [1964] 1 WLR 273, Lord Pearce aux p. 479 et 291 ; voir également *University of London Press Ltd. c. University Tutorial Press Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601 le juge Peterson à la p. 609.

racines) auprès de l'auteur. Deuxièmement, il doit y avoir un investissement minimal d'« aptitude, jugement et travail » de la part de l'auteur. Ces deux éléments doivent impérativement être réunis. Un investissement d'« aptitude, jugement et travail » dans le processus de copier l'œuvre d'autrui ne peut pas conférer l'originalité requise. La Cour d'appel l'a d'ailleurs confirmé dans l'affaire *Biotrading c. Biohit* en faisant référence au dictum fameux de Lord Oliver dans l'affaire *Interlego c. Tyco*⁶.

Mais, même si le seuil n'est pas particulièrement élevé, les œuvres qui ne remplissent pas ces conditions ne seront pas protégées par le droit d'auteur. Déterminer si une œuvre qui ressemble fortement à une œuvre protégée par le droit d'auteur sera elle-même une œuvre littéraire ou artistique originale au sens du droit d'auteur est une question difficile. La Cour d'appel a donné quelques indices dans l'affaire *Guild c. Eskander Ltd.*⁷. Il faut se garder d'une approche qui examine les choses point par point. La question était plutôt de savoir si tous les éléments réunis, et non pas un seul élément supplémentaire ou différent, conféraient à l'œuvre le degré d'originalité requis. La nécessité de prendre en compte l'œuvre dans son entièreté est le point crucial et se trouve renforcé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Hyperion*. Mais même en respectant ce principe, il est inévitable de prendre en compte quelques-uns des éléments individuels afin d'apporter une réponse à la question.

Une copie d'une œuvre qui n'est plus protégée par le droit d'auteur qui inclut quelques modifications mineures ne bénéficiera pas de la protection du droit d'auteur⁸. Ce principe a été établi clairement dans l'affaire *Interlego* et il est généralement accepté. Sa portée exacte est malheureusement beaucoup moins claire, ainsi que la question de savoir s'il existe un conflit avec l'arrêt précédemment rendu par la House of Lords dans l'affaire *Walter c. Lane*⁹.

L'affaire *Hyperion* mettait la Cour d'appel dans l'obligation de trancher sur ces points et nous y reviendrons. Il suffit d'ajouter ici que l'accusation de contrefaçon a été rejetée en ce qui concerne une quatrième œuvre musicale à cause du caractère mineur du travail éditorial investi par le docteur Sawkins lors de la production de l'édition de concert de cette pièce de Lalande. Et même si le contenu

6. Voir *Biotrading & Financing OY c. Biohit Ltd.*, [1998] FSR 109, p. 116 ; voir aussi *Interlego AG c. Tyco Industries Inc.*, [1989] AC 217, p. 258.

7. *Guild c. Eskander Ltd.*, [2003] FSR 23.

8. *Interlego AG c. Tyco Industries Inc.*, [1989] AC 217, [1988] 3 All ER 949.

9. *Walter c. Lane*, [1900] AC 539 (HL).

d'une œuvre peut être juste une compilation d'éléments existants, il doit y avoir un investissement minimal d'« aptitude, jugement et travail » dans leur expression et leur organisation¹⁰. Cet investissement ne peut pas être tellement insignifiant qu'on pourrait le caractériser comme un exercice purement instrumental. D'autre part, la créativité en tant que telle n'est pas requise non plus. Ceci résulte très nettement de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*¹¹.

La meilleure façon de conclure cet aperçu général de l'approche de la notion d'originalité en droit anglais est sans doute de citer le Dr. Dietz qui écrivait qu'il doit y avoir « une relation de création entre l'œuvre et l'auteur, peu importe ce que signifie cet acte de création (parfois seulement un acte de présentation) »¹². En y revenant plus de dix ans plus tard, cette phrase revêt l'allure d'une prédiction dans le contexte de l'affaire *Hyperion*. Ce qui suffira en pratique comme investissement minimal d'« aptitude, jugement et travail » ne peut être défini à l'avance. Cela se déterminera cas par cas¹³.

Le moment est maintenant venu de nous tourner à nouveau vers la perspective légèrement plus étroite de l'affaire *Hyperion* et d'y appliquer ces principes. Lord Justice Mummery l'aborde ainsi :

The first question is whether the performing editions are incapable of being regarded as “original” works because Lalande composed the music and Dr. Sawkins made his editions of that music with the intention that they should be as close as possible to the Lalande originals.¹⁴

La Cour d'appel répond à cette question en s'appuyant fortement sur la décision du House of Lords d'il y a plus d'un siècle dans l'affaire *Walter c. Lane*¹⁵. La Cour d'appel part du principe que cette décision représente encore l'interprétation correcte de la loi, parce qu'elle a été confirmée dans l'affaire *Express Newspapers plc c. News*

10. Voir *Cramp (GA) & Sons Ltd. c. Smythson*, [1944] AC 329, [1944] 2 All ER 92.

11. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13.

12. Dietz (Adolf), « The Artist Right of Integrity Under Copyright Law, A Comparative Approach », (1994) 25 *IIC* 177 p. 182.

13. *Biotrading & Financing OY c. Biohit Ltd.*, [1998] FSR 109 p. 116.

14. *Hyperion Records c. Lionel Sawkins*, [2005] 3 All ER 636 (CA), au paragraphe 32 de l'arrêt.

15. *Walter c. Lane*, [1900] AC 539 (HL), un arrêt portant sur le *Copyright Act 1842* dans lequel était utilisée une terminologie différente de celle utilisée dans le *Copyright Designs and Patents Act 1988*.

(UK) Ltd.¹⁶. Dans la décision *Walter c. Lane*, la House of Lords a établi qu'un droit d'auteur existait dans des rapports sténographiés faits par des journalistes du TIMES sur la base de discours publics, car il s'agissait d'œuvres littéraires originales. Les discours avaient été prononcés par le Comte de Rosebery en public en présence des journalistes. Ces derniers avaient pris des notes sténographiques, qu'ils avaient ensuite transcrites, corrigées et révisées, tout en ajoutant la ponctuation. À la fin de ce processus, ils les avaient publiées dans leur journal comme des rapports littéraires des discours. Du point de vue de la House of Lords, un discours et le rapport d'un discours sont deux objets différents de droit d'auteur. Le Comte de Rosebery était l'auteur de ses discours ; les journalistes étaient les auteurs des rapports de ses discours. Ils avaient investi leurs « aptitude, jugement et travail » dans la rédaction de leurs rapports, même s'il s'agissait de rapports de discours qu'ils n'avaient pas écrits.

Il est très important pour notre sujet actuel de noter que les rapports étaient considérés comme étant des œuvres littéraires « originales », même si c'était l'intention déclarée des journalistes de reproduire le plus littéralement possible des œuvres dont ils n'étaient pas les auteurs.

Cette analyse a mené Lord Justice Mummery à la conclusion suivante dans l'affaire *Hyperion* :

In my judgment, on the application of *Walter v. Lane* to this case, the effort, skill and time which the judge found Dr. Sawkins spent in making the 3 performing editions were sufficient to satisfy the requirement that they should be «original» works in the copyright sense. This is so even though (a) Dr. Sawkins worked on the scores of existing musical works composed by another person (Lalande) ; (b) Lalande's works are out of copyright ; and (c) Dr. Sawkins had no intention of adding any new notes of music of his own.¹⁷

On ne peut néanmoins pas accepter cette référence à l'affaire *Walter c. Lane* sans prendre en compte le dictum dans l'affaire *Interlego*, qui semble la contredire. On a en effet dans le passé dérivé une règle de *minimis* de la décision de Lord Oliver dans cette dernière

16. *Express Newspapers plc c. News (UK) Ltd.*, [1990] FSR 359, p. 365-366.

17. *Hyperion Records c. Lionel Sawkins*, [2005] 3 All ER 636 (CA), au par. 36 de l'arrêt.

affaire¹⁸, c'est-à-dire une copie qui incorpore quelques changements mineurs dans une œuvre qui n'est plus protégée par le droit d'auteur ne sera pas à son tour protégée par le droit d'auteur. Mais il faut quand même se poser la question si l'impact des phrases suivantes n'est pas plus important :

Take the simplest case of artistic copyright, a painting or photograph. It takes great skill, judgment and labour to produce a good copy by painting or to produce an enlarged photograph from a positive print, but no one would reasonably contend that the copy painting or enlargement was an 'original' artistic work in which the copier is entitled to claim copyright. Skill, labour or judgment merely in the process of copying cannot confer originality.¹⁹

En d'autres termes, est-ce que cette décision renverse d'une manière ou d'une autre celle dans l'affaire *Walter c. Lane* dans le contexte d'un article de la loi qui contient une terminologie quelque peu différente ? De notre point de vue, ces deux décisions ne sont pas incompatibles et il faut simplement interpréter la décision dans l'affaire *Interlego* de façon restrictive. L'affaire traite après tout de jouets, plus précisément de briques en plastique, au modèle desquelles on n'avait guère touché et la tentative du fabricant de prolonger la durée de protection de manière artificielle était trop évidente. Lord Justice Jacob établit cette distinction très clairement dans son (deuxième) jugement dans l'affaire *Hyperion*²⁰. Comme lui, nous ferons référence aux auteurs de l'ouvrage *The Modern Law of Copyright and Designs*, qui ont interprété la décision dans l'affaire *Interlego* ainsi que suit :

However, whilst the remarks made in *Interlego* may be valid if confined to the subject matter then before the Privy Council, they are stated too widely. The Privy Council was there considering fairly simple technical drawings. This is a rather special subject-matter. While the drawing of such a work is more laborious than it looks, it is a fact that any competent draftsman (perhaps, any conscientious amateur) who sets out to reproduce it exactly will almost certainly succeed in the end, because of the mathematical precision of the lines and measurements.

18. Voir P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 4^e éd. (Oxford, University Press, 2005), p. 175.

19. *Interlego c. Tyco*, [1988] RPC 343, Lord Oliver la p. 371.

20. *Hyperion Records c. Lionel Sawkins*, [2005] 3 All ER 636 (CA), aux par. 79-82 de l'arrêt.

This should be contrasted with, eg a painting by Vermeer, where it will be obvious that very few persons, if any, are capable of making an exact replica. Now, assume a number of persons do set out to copy such a painting, each according to his own personal skill. Most will only succeed in making something which all too obviously differs from the original – some of them embarrassingly so. They will get a copyright seeing that in each instance the end result does not differ from the original yet it took a measure of skill and labour to produce. If, however, one of these renders the original with all the skill and precision of a Salvador Dali, is he to be denied a copyright where a mere dauber is not? The difference between the two cases (technical drawing and old master painting) is that in the latter there is room for individual interpretation even where faithful replication is sought to be attempted while in the former there is not. Further, a photographer who carefully took a photograph of an original painting might get a copyright and, if this is so, it is rather hard to see why a copy of the same degree of fidelity, if rendered by an artist of the calibre aforementioned, would not be copyright. These considerations suggest that the proposition under discussion is suspect. It is therefore submitted that, for example, a picture restorer may get a copyright for the result of his efforts. Be that as it may, it is submitted that the *Interlego* proposition is anyway distinguishable where the replicator succeeds in preserving for posterity an original to which access is difficult.²¹

On pourrait également citer la professeure Jane Ginsburg :

Reproductions requiring great talent and technical skill may qualify as protectable works of authorship, even if they are *copies* of pre-existing works. This would be the case for photographic and other high quality replicas of works of art.²²

En conclusion, les deux décisions ne sont pas incompatibles. *Walter c. Lane* définit la règle, mais dans cette règle on inclut une présomption qu'il y ait un apport créatif. L'affaire *Interlego* aborde l'autre extrême du spectre, où on n'a fait que copier. Comme le disait Lord Justice Jacob :

21. H. LADDIE, P. PRESCOTT and M. VITORIA, *The Modern Law of Copyright and Designs*, 2^e éd. (Butterworths, 1995), au par. 4.39.

22. J. Ginsburg, « The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law », 52 *DePaul L. Rev.* 1063 (2003).

I think the true position is that one has to consider the extent to which the “copyist” is a mere copyist – merely performing an easy mechanical function. The more that is so the less is his contribution likely to be taken as “original”.²³

On ne peut guère sous-estimer l'importance pour le droit d'auteur au Royaume-Uni du fait que la Cour d'appel dans cette affaire *Hyperion* a maintenant clarifié l'approche vis-à-vis le concept d'originalité en confirmant la décision dans l'affaire *Walter c. Lane* et en excluant tout conflit avec la décision dans l'affaire *Interlego*. La portée de cette dernière décision se limite maintenant aux cas où on n'a fait que copier. Ce point était bien évidemment d'une importance cruciale dans la décision que l'œuvre de Sawkins remplissait la condition d'originalité, mais son impact dépasse le cadre des œuvres restaurées ou reconstituées.

L'originalité n'est néanmoins pas le seul point qui pose problème pour les œuvres du docteur Sawkins. Le problème de subsistance est aussi bien réel.

2.3 La subsistance

Même s'il s'agit d'une œuvre originale, l'œuvre du docteur Sawkins ne sera protégée par le droit d'auteur que s'il s'agit bien d'une œuvre littéraire ou artistique. Au Royaume-Uni, ceci implique que l'œuvre doit entrer dans une des catégories qui ont été énumérées dans le *Copyright, Designs and Patents Act 1988*. La catégorie qui semble convenir est bien sûr celle des œuvres musicales. Le problème qui se pose est que la loi ne donne pas de définition du concept d'une « œuvre musicale ». La Cour devait donc remplir ce vide.

Hyperion défendait la thèse qu'il n'y avait pas eu création d'une nouvelle œuvre musicale. De son point de vue, l'édition de concert n'influçait pas le son qui était créé et qui était perçu par le public. Ce son est essentiellement le résultat de l'œuvre musicale de Lalande et n'a rien à voir avec l'intervention du docteur Sawkins. Le fait que le docteur Sawkins ait tenté de rester le plus près possible de l'œuvre originale de Lalande fournit bien évidemment un argument supplémentaire en faveur de la thèse qu'il n'y a pas d'œuvre musicale nouvelle au sens du droit d'auteur. La Cour d'appel a résumé cet argument de la façon suivante :

23. *Hyperion Records c. Lionel Sawkins*, [2005] 3 All ER 636 (CA), au par. 82.

The effect of the editorial interventions of Dr. Sawkins was, as he asserted was his intention, only to produce more faithful and better copies of Lalande's original music and to make it playable, rather than to create new music of his own. The kind of effort and skill expended by Dr. Sawkins was not appropriate or relevant to the creation of a fresh musical copyright, such as might be achieved by changes to the melody and harmony of the underlying work.²⁴

En première instance, le juge Patten avait déjà résumé la position d'Hyperion sur le point de la subsistance ainsi que suit :

[U]nless the edition includes the composition of new music in the form of the notes on the score (and not merely the correction of wrong or unsatisfactory notes in the scores used) then no copyright would exist in the edition as a musical work.²⁵

Le juge Patten, de même que par la suite la Cour d'appel a refusé de suivre cette approche trop restrictive. Il semble être le cas que la musique c'est beaucoup plus que des notes sur une feuille. Toute définition du terme dans un dictionnaire fait par exemple aussi référence au son et au rythme et, en général, à l'impact sur l'oreille. En se concentrant uniquement sur les notes, l'argument d'Hyperion se heurte également à la décision du House of Lords dans l'affaire *Ladbroke c. William Hill*²⁶, qui préconise une approche qui prend en compte l'œuvre dans son entièreté. La Cour d'appel a résumé ces deux points ainsi que suit :

In my judgment, the fallacies in Hyperion's arguments are that (a) they only treat the actual notes in the score as music and (b) they approach the issue of subsistence from the wrong direction by dividing the whole of the performing edition into separate segments and by then discarding particular segments on the basis that they are not music and not therefore covered by copyright. That is contrary to the correct approach to subsistence of copyright laid down by the House of Lords in *Ladbroke (Foot-*

24. [2004] 4 All ER 418 (Ch.D.), au par. 41 de l'arrêt.

25. [2004] 4 All ER 418 (Ch.D.), au par. 50 du jugement. Voir aussi JONES, « Musical Works : Out with the Old and in with the New », [2005] *Ent. L.R.* 89 ; GROVES, « Better than it Sounds : Originality of Musical Works », [2005] *Ent. L.R.* 20 et JONES, « What Constitutes a Copyright Work – Does it Really Matter », [2005] *Ent. L.R.* 129.

26. *Ladbroke (Football) Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 WLR 273, p. 277-291 (HL).

ball) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd. [...]. The subsistence of copyright involves an assessment of the whole work in which copyright is claimed. It is wrong to make that assessment by dissecting the whole into separate parts and then submitting that there is no copyright in the parts. Hyperion's arguments ignore the fact that the totality of the sounds produced by the musicians are affected, or potentially affected, by the information inserted in the performing editions produced by Dr. Sawkins. The sound on the CD is not just that of the musicians playing music composed by Lalande. In order to produce the sounds the musicians played from Dr. Sawkins' scores of his edition. Without them Ex Cathedra would not have produced the combination of sounds of *Te Deum*, *La Grande Piece Royale* or *Venite Exultemus* for recording on the CD.²⁷

Il n'y a en effet pas de justification valable qui permette de restreindre la portée d'une œuvre musicale au sens du droit d'auteur aux notes de la pièce musicale concernée. Après tout, une œuvre dramatique ne se limite pas non plus aux mots prononcés par les acteurs. Il relève donc du bon sens qu'un enregistrement d'une personne qui se met à chanter de façon spontanée ou de toute forme d'improvisation et bel et bien une œuvre musicale au sens du droit d'auteur.

Les musiciens avaient besoin des éditions de concert, et donc de l'œuvre de Sawkins, afin de jouer les pièces de Lalande de la manière dont ils l'ont fait. Et il est encore plus important d'ajouter que l'œuvre de Sawkins produisait bien des effets auditifs. Cette œuvre affectait ce que le public entendait. D'un point de vue de subsistance, une œuvre musicale différente avait donc été créée.

2.4 La contrefaçon et les droits moraux

Ces points faisaient bien entendu partie de l'affaire *Hyperion*, mais il ne faut pas entrer dans les détails pour les besoins de notre analyse actuelle. Il suffit de dire que la Cour d'appel a ensuite retenu qu'en utilisant les éditions de concert de Sawkins sans avoir obtenu son autorisation préalable aux fins de l'enregistrement du disque compact, Hyperion avait commis un acte de contrefaçon. Et le fait que le bouquin qui accompagnait le disque compact ne mentionnait pas le docteur Lionel Sawkins comme l'auteur des éditions de concert

27. *Hyperion Records c. Lionel Sawkins*, [2005] 3 All ER 636 (CA), par. 49.

constituait bien une infraction de son droit de paternité de la part d'Hyperion²⁸.

3. L'AFFAIRE DES ROULEAUX DE LA MER MORTE

L'affaire *Hyperion* n'était pas la première affaire qui attirait l'attention sur le traitement des œuvres restaurées ou reconstituées dans les cas où les œuvres d'origine n'étaient plus protégées par le droit d'auteur. En effet, quelques années plus tôt la Cour suprême d'Israël avait déjà rendu son verdict dans l'affaire des rouleaux de la Mer Morte²⁹. Dans cette affaire, il s'agissait de la reconstitution ou le déchiffrement de textes ou œuvres littéraires anciens et non pas de la reconstitution d'œuvres musicales. Quand on a découvert ces rouleaux de la Mer Morte qui avaient deux mille ans, la plupart de ceux-ci étaient constitués essentiellement de fragments et, même au moment où on a réussi à les mettre ensemble, plusieurs éléments du texte étaient manquants. Il n'en subsistait en fait que trente pour cent. Le professeur Qimron a ensuite investi plusieurs années de son temps à reconstituer les parties manquantes du texte du plus significatif de ces rouleaux. Quand son œuvre a été utilisée sans son autorisation, la question de savoir s'il avait acquis un droit d'auteur distinct dans son travail de reconstitution s'est posée. La conclusion de la Cour suprême d'Israël contient les mêmes lignes directrices que la décision dans l'affaire *Hyperion*. Le professeur Qimron n'avait bien évidemment pas un droit d'auteur dans le texte d'origine sur les fragments, mais son texte reconstitué ou déchiffré était bien une œuvre littéraire dans le sens du droit d'auteur, malgré le fait qu'il a simplement voulu faire revivre le texte d'il y a deux mille ans³⁰. Le professeur Qimron était donc le titulaire d'un droit d'auteur dans le texte déchiffré en tant qu'œuvre littéraire, tout comme le docteur Sawkins était le titulaire d'un droit d'auteur dans ses éditions de concert en tant qu'œuvres musicales.

4. QUELQUES CONSIDÉRATIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

L'affaire des rouleaux de la Mer Morte avait néanmoins un aspect supplémentaire. L'acte de contrefaçon présumé (la publication du texte déchiffré par Qimron) avait eu lieu dans un autre pays.

28. *Ibid.*, au paragraphes 57-69 de l'arrêt.

29. *Eisenmann c. Qimron*, 54(3) P.D. 817.

30. Voir BIRNHACK, « The Dead Sea Scrolls Case : Who is an Author ? », [2001] *EIPR* 128 et T. LIM, H. MacQUEEN et C. CARMICHAEL, *On Scrolls, Artefacts and Intellectual Property*, (Sheffield, Sheffield Academic Press, 2001).

Cet élément international n'est pas du tout hors du commun dans des affaires de restauration et de reconstitution d'œuvres littéraires et artistiques, mais il donne naissance à plusieurs questions de droit international privé dont nous traiterons dans les paragraphes qui suivront³¹.

Analysons de plus près les conséquences du fait que la contrefaçon présumée de l'œuvre du professeur Qimron et du Team International concernant les rouleaux de la Mer Morte semble avoir eu lieu dans plusieurs pays. Ceci implique la détermination de la législation nationale applicable. Mis à part la question de contrefaçon, il y a également la question de savoir s'il existe ou non un droit d'auteur dans cette œuvre. S'agit-il bien, du moins en partie, d'œuvres qui peuvent être protégées par le droit d'auteur ? Une fois de plus, la question de la loi applicable se pose, par exemple parce que toutes les lois n'appliquent pas nécessairement le même critère d'originalité, et la réponse à la question pourrait donc dépendre de la loi applicable.

Nous aborderons d'abord les questions relatives à l'existence d'un droit d'auteur. Ensuite, nous étudierons les questions de contrefaçon. Notre approche est fondée sur la Convention de Berne et devrait donc s'appliquer dans tous les États membres. Les exemples de lois nationales ont été pris dans la loi nationale du Royaume-Uni ou dans celle des États-Unis.

4.1 L'existence d'un droit d'auteur

Le *Copyright, Designs and Patents Act 1988* et le *Copyright Act 1976* ne contiennent pas de clauses spécifiques ou même d'indications spécifiques sur le droit international privé. C'est d'ailleurs le cas de la plupart des lois nationales. La clause de traitement national dans la Convention de Berne oblige les États membres à protéger les œuvres étrangères, mais elle ne stipule pas les modalités de cette protection. Il n'y a pas d'indication sur la loi applicable à cette protection.

Les tribunaux au Royaume-Uni n'ont pas encore eu à traiter directement de cette matière. On peut néanmoins affirmer que la création d'un droit d'auteur pour une œuvre instaure un droit exclu-

31. Cette partie du présent article est basée sur ma contribution intitulée « Choice of Law Regarding Copyright and the Dead Sea Scrolls : The Basic Principles », qui a été publiée dans le livre de T. LIM, H. MacQUEEN et C. CARMICHAEL, *On Scrolls, Artefacts and Intellectual Property*, (Sheffield, Sheffield Academic Press 2001), aux p.116-127.

sif et qu'il y aura donc une restriction à la libre concurrence. Ceci implique alors que l'ordre public au Royaume-Uni rend l'application du *Copyright, Designs and Patents Act 1988* impérative quand il s'agit de la création d'un droit d'auteur pour une œuvre qui sera mis en pratique au Royaume-Uni. Le *Copyright, Designs and Patents Act 1988* sera donc la loi applicable dans sa capacité de la loi du pays où la protection est demandée.

Aux États-Unis, la question a aussi été ignorée pendant des années, mais plus récemment les tribunaux se sont prononcés à deux reprises. Dans l'affaire *Itar-Tass*³², il s'agissait d'articles de presse russes qui avaient été copiés aux États-Unis et qui avaient été insérés par le *Russian Kurier* dans une publication publiée à New York. Dans l'affaire *Corel*³³, il s'agissait de la contrefaçon présumée de photos en Grande-Bretagne et aux États-Unis. Dans les deux affaires, la question de la loi applicable s'est posée. Les deux affaires sont bien évidemment reliées à la contrefaçon, mais la question de l'existence d'un droit d'auteur et de son étendue se pose également. L'affaire *Corel* est particulièrement intéressante de ce point de vue. L'affaire *Itar-Tass* traite également de la question de savoir qui sera le propriétaire du droit d'auteur dans une œuvre, mais une analyse complète sur ce point nous mènerait trop loin³⁴.

Dans le contexte de notre analyse actuelle, il faudra tout d'abord aborder la question de l'existence d'un droit d'auteur et de son étendue. La décision du second circuit dans l'affaire *Itar-Tass* a retenu le principe que la clause de traitement national dans la Convention de Berne ne donne pas de réponse exhaustive à toutes les questions de droit international privé qui se posent en droit d'auteur. Plus spécifiquement, cette clause n'apporte pas la réponse à la question de savoir si une œuvre bénéficiera d'une protection en droit d'auteur et de l'étendue de cette protection. La Cour a ensuite considéré que le droit d'auteur était une forme de droit de propriété et s'est donc vue obligée d'appliquer la règle normale du Second Restatement selon laquelle les intérêts des parties dans une forme de propriété seront déterminés en application de la loi de l'État avec lequel

32. *Itar-Tass Russian News Agency c. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d82, 47 USPQ 2D 1810 (2nd Cir. 1998).

33. *Bridgeman Art Library c. Corel*, 36 F Supp 2d 191 et 25 F Supp 2d 421.

34. Pour de plus amples détails voir P. TORREMANS, « Jurisdiction and Choice of Law Issues in US Intellectual Property Cases : From Dodging the Bullet to Biting it », [1999] *Intellectual Property Quarterly* 372.

la propriété et les parties ont la relation la plus étroite³⁵. Dans le contexte du droit d'auteur il semblait s'agir de la loi du pays d'origine, comme le pays de la création et de la première publication des œuvres. La Cour a donc choisi la loi russe comme loi applicable. La Cour était alors prête sur cette base à conclure que la loi qui décide si une œuvre sera protégée par un droit d'auteur en détermine également l'étendue.

Dans l'affaire *Corel*, la United States District Court for the Southern District of New York³⁶ avait tout d'abord suivi une approche similaire, mais elle a été contrainte par la suite à reconsidérer cette approche. Dans sa deuxième décision du 18 février 1999, la Cour a d'abord pris en compte les clauses dans la Constitution qui traitent du droit d'auteur pour ensuite se tourner vers le *Berne Convention Implementation Act 1988* (ci-après : *BCIA 1988*). Plus particulièrement, les articles 3(a) et 4(c) de cette loi ont retenu l'attention de la Cour. La section 3(a) stipule que :

The provisions of the Berne Convention –

- (1) shall be given effect under title 17, as amended by this Act, and any other relevant provision of Federal or State law, including the common law, and
- (2) shall not be enforceable in any action brought pursuant to the provisions of the Berne Convention itself.

L'article 4(c)³⁷ ajoute :

[n]o right or interest in a work eligible for protection under this title may be claimed by virtue of, or in reliance upon, the provisions of the Berne Convention or the adherence of the United States thereto.

La Cour en a tiré la conclusion que le Congrès ne pouvait pas avoir eu l'intention de voir s'appliquer à la question de l'existence d'un droit d'auteur dans une œuvre aux États-Unis une loi autre que la loi américaine sur le droit d'auteur. Cette interprétation met

35. *Itar-Tass Russian News Agency c. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d82, 47 USPQ 2D 1810 (2nd Cir. 1998), p. 90.

36. La première décision a été publiée sous le nom de *The Bridgeman Art Library Ltd. c. Corel Corp.* 25 F Supp.2d 421 (S.D.N.Y. 1998), la deuxième décision dans cette affaire date du 18 février 1999.

37. Maintenant codifié comme 17 U.S.C. §104(c).

l'accent plus particulièrement sur la terminologie utilisée dans la rédaction de l'article 4(c) du *BCIA 1988*. L'application d'une loi étrangère se situerait alors nécessairement « in reliance upon the provisions of the Berne Convention or the adherence of the United States thereto » et elle est donc exclue de la même manière qu'une solution qui donnerait un effet direct aux clauses de la Convention de Berne elle-même.

La Cour dans l'affaire *Corel* arrive à une conclusion bien différente de celle dans l'affaire *Itar-Tass*. De notre point de vue, la solution retenue dans l'affaire *Corel* est préférable, car elle mène indirectement à l'application de la loi du pays où la protection est demandée. Ceci n'est pas simplement le cas parce que le droit international privé anglais ou écossais ne connaît pas la règle selon laquelle les intérêts des parties dans une forme de propriété seront déterminés en application de la loi de l'état avec lequel la propriété et les parties ont la relation la plus étroite.

L'approche britannique se fonde en effet plutôt sur le principe de la *lex situs*. Comme nous l'avons déjà démontré à plusieurs reprises, cette approche, en combinaison avec les indications limitées que nous fournit la Convention de Berne, mène à l'application de la loi du pays où la protection est demandée. L'approche adoptée par la Cour dans l'affaire *Itar-Tass* est de notre point de vue incompatible avec le principe du traitement national dans le sens qu'elle applique la loi du pays d'origine. Il en résulte que, dans un seul pays, des ayants droit différents bénéficieront de droits exclusifs différents dans des œuvres similaires. Le traitement national ne signifie dans cette logique que l'application d'une seule règle sur la loi applicable à tous les auteurs. De notre point de vue, les obligations qui résultent du principe de traitement national vont bien plus loin et doivent mener à l'application aux auteurs et aux ayants droit des mêmes règles de droit substantiel dans un même pays. Ce point de vue mène donc directement à l'application de la loi du pays où la protection est demandée. L'approche de la Cour dans l'affaire *Corel* semble donc mener à la bonne conclusion, même si le raisonnement n'est pas basé sur une interprétation correcte de la Convention de Berne et des règles de droit international privé. Le raisonnement se fonde plutôt uniquement sur la loi nationale américaine.

Il faut ensuite définir les points qui seront contenus dans la catégorie de l'existence d'un droit d'auteur pour les besoins du droit international privé et auxquels la règle de la loi applicable s'appliquera donc. Dans notre cas, il s'agit de déterminer si les rouleaux

de la Mer Morte et l'œuvre du professeur Qimron et du Team International sont bien des œuvres qui remplissent les conditions pour l'existence d'un droit d'auteur dans ces œuvres et plus particulièrement déterminer si, dans un premier temps, il s'agit d'œuvres originales avant de nous interroger sur l'étendue de protection par droit d'auteur et la contrefaçon.

4.1.1 Les formes d'œuvres protégées

L'article 2 de la Convention de Berne se limite à poser le principe que les œuvres littéraires et artistiques seront protégées par le droit d'auteur et que ceci inclut toute production dans le domaine littéraire, artistique ou scientifique. L'article 2bis permet alors certaines exceptions, sans obliger les États-membres à les incorporer. La définition exacte des formes d'œuvres qui seront protégées, ainsi que la décision concernant l'introduction d'une limitation ou exception, est laissée aux États-membres et à leurs législations nationales³⁸. Même si elles ne sont pas nécessairement importantes, il existe bien des différences entre les législations des États membres. La question de savoir si une forme d'œuvre entre dans une catégorie d'œuvres protégées et, éventuellement, la question de savoir dans quelle catégorie elle entre seront couvertes par l'application de la loi du pays où la protection est demandée. D'un point de vue pratique, il n'y a pas de doute que toutes les œuvres dans l'affaire des rouleaux de la Mer Morte sont bien des œuvres littéraires, à l'exception des photos qui sont des œuvres artistiques. Toutes ces œuvres sont donc des œuvres protégées, indépendamment de l'application de la loi américaine, britannique ou israélienne sur le droit d'auteur. La question d'originalité s'annonce au contraire bien plus problématique.

4.1.2 L'originalité

Le droit d'auteur ne protège pas des œuvres simplement parce qu'elles entrent dans une des catégories d'œuvres définies par la loi sur le droit d'auteur ou dans la catégorie générale d'œuvres littéraires et artistiques. Le droit d'auteur requiert aussi l'originalité. La détermination de la loi applicable est particulièrement importante sur ce point-ci, car il n'existe pas de définition uniforme de la condition d'originalité qui est utilisée par toutes les lois nationales sur le droit d'auteur. Ceci implique que, selon la loi applicable, une œuvre peut soit bénéficier de la protection du droit d'auteur, soit en être

38. Comparez sur ce point l'article 2(1) de la Convention de Berne et la ss. 1-5B du *Copyright, Designs and Patents Act 1988*.

exclue à cause d'un manque d'originalité. Dans l'affaire des rouleaux de la Mer Morte par exemple, la loi britannique traitera les œuvres du professeur Qimron comme des œuvres originales, mais cette conclusion n'est pas du tout garantie si la loi américaine est la loi applicable.

Considérant que l'originalité est un élément clé dans la décision qui mène à la protection d'une œuvre par le droit d'auteur, il semble logique d'appliquer la loi du pays où la protection est demandée à ce titre. On utilisera alors le critère d'originalité tel que défini dans la loi du pays où la protection est demandée afin de déterminer si chacune des œuvres produites par le professeur Qimron et le Team International seront protégées par le droit d'auteur, c'est-à-dire la loi sur le droit d'auteur israélienne, afin de répondre à la question de la protection en droit d'auteur en Israël, ou par la Loi sur le droit d'auteur américaine, afin de répondre à la question de protection en droit d'auteur aux États-Unis, etc.³⁹.

4.2 La contrefaçon

4.2.1 L'étendue du droit exclusif

Un droit d'auteur une fois créé, il est important de savoir quel sera le contenu (ou l'étendue) de ce droit exclusif. Jusqu'où s'étendront la protection et la restriction à la libre concurrence ? Logiquement, ce point est lié étroitement avec la décision d'accorder une protection en droit d'auteur, car il détermine ce qui a exactement été donné. Ce point devra donc être couvert par la même loi applicable. Il faudra donc appliquer la loi du pays où la protection est demandée⁴⁰. La loi du pays où le droit est mis en pratique décidera s'il existe un droit exclusif et quels en seront l'étendue ou le contenu⁴¹. Il n'y a néanmoins aucune clause dans une loi nationale qui règle cette question de façon directe.

39. *The Bridgeman Art Library Ltd. c. Corel Corp.* United States District Court for the Southern District of New York, jugement du 18 février 1999. Ce jugement a explicitement confirmé cette règle et en a fait application.

40. Voir *Novello & Co LD c. Hinrichsen Edition LD and Another*, [1951] 1 Ch. 595 ; voir aussi l'article 34, par. 1 de la loi autrichienne sur le droit international privé, qui contient cette même règle et Schack 108 (1988) UFITA 51.

41. Voir WALTER, (1976) 89 *RIDA* 45, p. 51 et, par exemple, le jugement du 1^{er} mars 1989 du Arrondissementsrechtbank (tribunal de première instance aux Pays-Bas) à Leewarden ; *United Feature Syndicate Inc. c. Van der Meulen Sneek BV*, [1990] *Bijblad Industriële Eigendom* 329, l'étendue du droit d'auteur dans les poupées GARFIELD aux Pays-Bas était déterminée par le droit d'auteur hollandais (la loi du pays où la protection est demandée) plutôt qu'en droit américain.

Le choix de la loi applicable sur ce point a son importance dans la pratique, car la Convention de Berne ne définit pas l'étendue de la protection de façon rigide. Elle contient plutôt des normes minimales. Il est généralement accepté que l'ayant droit a le droit exclusif de la reproduction et de la communication au public de l'œuvre, mais certaines lois nationales y ajoutent par exemple un droit exclusif de distribution⁴².

Le point de l'étendue d'un droit immatériel comme le droit d'auteur est lié étroitement à la contrefaçon. L'ayant droit d'un droit immatériel ne bénéficie en fait de ce droit que lorsqu'il y a contrefaçon ou quand il y a une infraction. En vue du fait que le principe de traitement national mène à l'application de la loi territoriale en ce qui concerne l'étendue de la protection, il devient alors logique qu'en ce qui concerne la contrefaçon la loi du pays où la protection est demandée sera également la *lex loci delicti*. Les tribunaux anglais ont récemment eu à résoudre un cas de contrefaçon internationale du droit d'auteur dans l'affaire *Pearce c. Ove Arup*⁴³. Il s'agissait tout d'abord d'une affaire de compétence des tribunaux, mais il est également clair qu'en fin de parcours les tribunaux étaient prêts à appliquer la *lex loci delicti* au problème de contrefaçon.

Aux États-Unis, la Cour qui traitait l'affaire *Itar-Tass* s'est vue confrontée à un point de choix de la loi applicable en matière de contrefaçon, ainsi que le premier tribunal dans l'affaire *Corel*. Dans les deux cas, la contrefaçon a été considérée comme un point en tant que tel, auquel s'appliquait une règle de choix de la loi applicable spécifique. La contrefaçon a été classifiée comme un élément de « tort », ce qui a mené à l'application de la *lex loci delicti*. Dans l'affaire *Itar-Tass*, les articles avaient été copiés aux États-Unis. Le Second Circuit a donc appliqué la loi américaine en ce qui concerne la contrefaçon⁴⁴. Il faut ajouter néanmoins qu'il ne pouvait s'agir de contrefaçon que pour les œuvres qui bénéficiaient d'un droit d'auteur en droit russe, car la Cour a appliqué la loi russe aux questions de la création et l'existence d'un droit d'auteur. La loi américaine s'appliquait simplement au point de savoir quels actes constitueraient une forme de contrefaçon et quelles en seraient les conséquences. De façon similaire, le premier jugement dans l'affaire *Corel*⁴⁵ est arrivé à la con-

42. E. ULMER, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, (La Haye, Kluwer, 1978), p. 36.

43. *Pearce c. Ove Arup Partnership Ltd.*, [1997] 2 WLR 779, [1997] 3 All ER 31.

44. Voir E. ULMER, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws* (La Haye, Kluwer, 1978), p. 91-92.

45. *Bridgeman Art Library c. Corel*, 36 F Supp 2d 191 et 25 F Supp 2d 421.

clusion que les copies avaient été faites en Grande-Bretagne et qu'il y fallait donc appliquer la loi britannique en matière de contrefaçon.

Il faut donc approuver la solution qui consiste à appliquer la *lex loci delicti* à la question de la contrefaçon d'un droit d'auteur. Nous avons mis de l'avant à d'autres occasions⁴⁶ la thèse à l'effet que, dans le domaine de la contrefaçon, il s'agit vraiment d'un élément de « tort » et qu'il fallait donc appliquer les règles de choix de la loi applicable pour la catégorie des « torts ». Comme nous le montrent les affaires *Itar-Tass* et *Corel*, il s'agit là d'une approche logique qui mène à des résultats logiques et pleinement acceptables. La synergie entre la *lex loci delicti* et le principe de territorialité mènent en pratique à l'application de la loi du pays où la protection est demandée aux questions de l'étendue de la protection offerte par le droit d'auteur.

Il faudra analyser les droits moraux séparément, car il y a des questions spécifiques qui se posent à leur égard. Indépendamment du choix entre les droits moraux comme une partie intégrale du droit d'auteur et les droits moraux comme des droits spécifiques et indépendants, le contenu exact de ces droits moraux est également déterminé sur base de la loi du pays où la protection est demandée⁴⁷. Soit les droits moraux ne sont qu'un aspect de l'étendue du droit d'auteur, soit, si on considère qu'il s'agit de droits indépendants, ces droits moraux sont créés de manière automatique au moment de la création du droit d'auteur. Il est donc logique pour des raisons d'uniformité de les soumettre à la même loi applicable. L'applicabilité de la loi du pays où la protection est demandée est confirmée par l'article 6(3) de la Convention de Berne qui stipule explicitement qu'en ce qui concerne les droits moraux, la loi du pays où la protection est demandée s'applique aux sanctions. Ces sanctions spécifiques pour chacun des droits moraux sont liées tellement étroitement au droit moral concerné qu'il n'y aurait pas de sens de les séparer en ce qui concerne la loi applicable.

On peut aussi considérer les droits moraux comme des droits de personnalité qui sont liés à la personne de l'auteur de l'œuvre. Du

46. J. FAWCETT et P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, (London, Clarendon Press, 1998), Ch. 11.

47. Le terme « droit » dans la Convention de Berne inclut les droits économiques ainsi que les droits moraux. Voir J. Ginsburg « Conflicts of Copyright Ownership Between Authors and Owners of Original Art Works : An Essay on Comparative and International Private Law », 17 (1993) *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 395, p. 405.

point de vue du choix de la loi applicable, il y aurait alors un rattachement à la loi personnelle de l'auteur. Une alternative en termes du droit d'auteur serait la loi du pays d'origine, à cause de son lien étroit avec l'auteur. L'approche du système de common law envers le droit d'auteur et les droits moraux met l'accent sur l'exploitation commerciale de l'œuvre plutôt que sur la personne de l'auteur. Il n'est donc guère surprenant que cette alternative n'y a pas trouvé de support. Nous ne la retenons donc pas.

En d'autres occasions nous avons mis de l'avant la thèse que, dans le cas des droits moraux, il s'agit en réalité de droits fondamentaux qui protègent l'auteur contre toute utilisation abusive de son œuvre⁴⁸. De ce point de vue, l'approche du Royaume-Uni vis-à-vis les droits moraux ferait partie de l'ordre public. Ceci aurait des conséquences importantes dans ces cas où l'affaire serait portée devant les tribunaux anglais, sans que le *Copyright, Designs and Patents Act 1988* soit la loi du pays où la protection est demandée. Plutôt qu'appliquer la loi du pays où la protection est demandée, les tribunaux se verraient alors obligés d'appliquer leur loi du for si le niveau de protection en ce qui concerne les droits moraux dans le pays de la loi applicable serait inférieur au niveau du *Copyright, Designs and Patents Act 1988*. Il faut mettre l'accent sur le fait que cette règle ne remplace pas les règles sur le choix de la loi applicable ou la loi du pays où la protection est demandée dans son entièreté. Des considérations d'ordre public et l'application éventuelle de la loi du for n'entrent en jeu que dans une deuxième phase⁴⁹. On ne peut pas être sûr que ce point s'appliquerait aussi au droit américain. L'absence de droits moraux forts et explicites dans la loi américaine sur le droit d'auteur laisse supposer que le droit américain ne prend pas la position qu'il s'agit d'un point qui touche à l'ordre public.

Des règles d'application immédiate opèrent d'une manière un peu différente, le processus du choix de la loi applicable n'étant pas suivi du tout. Si on peut ainsi caractériser les règles sur les droits moraux, ces règles dans la loi du for s'appliqueraient, sans même regarder le contenu de la loi du pays où la protection est demandée. La Cour de Cassation française⁵⁰ a adopté cette approche dans

48. P. TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 4^e éd. (Oxford University Press, 2005), Ch. 13 ; voir aussi Stamatoudi [1997] *Intellectual Property Quarterly* 478.

49. Voir J. GINSBURG et P. SIRINELLI, « Authors and Exploitations in International Private Law : The French Supreme Court and the Huston Film Colorization Controversy » (1991), 15 *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 135, p. 139.

50. Les procédures en première instance et en appel avaient abouti à des conclusions différentes ; voir jugement du 23 novembre 1988 du Tribunal de grande instance

l'affaire *Huston*⁵¹. Néanmoins, nous sommes d'avis que la nature des droits moraux comme des droits qui n'entrent en jeu que s'il y a une utilisation abusive de l'œuvre ne justifie pas une telle approche. Une combinaison de la loi du pays où la protection est demandée et, dans des cas exceptionnels, l'ordre public du for est largement suffisante⁵². En plus, la même loi s'appliquerait alors à tous les éléments qui font partie de l'étendue du droit d'auteur.

4.2.2 Exceptions aux droits exclusifs

Des restrictions au droit exclusif de l'ayant droit modifient le contenu de ce droit exclusif. Donc, si tous les aspects du contenu du droit exclusif de l'ayant droit seront régis par la loi du pays où la protection est demandée, les exceptions sont un autre groupe dans cette catégorie. On ne peut en effet définir très exactement le contenu du droit exclusif qu'en tenant compte des exceptions. Par exemple, le droit exclusif de reproduction de l'ayant droit se trouve amoindri par l'exception de copie privée en faveur de l'utilisateur de l'œuvre. Et il y aura d'autres exceptions, comme celle pour la recherche et l'étude personnelle, la parodie ou la citation⁵³, qui auront toutes le même effet sur le droit exclusif. Ces exceptions ont également leur rôle en tant qu'argument à décharge quand il s'agit d'une affaire de contrefaçon.

de Paris, [1989] Recueil Dalloz Sirey 342 (Jurisprudence), note Audit et [1989] Revue Critique de Droit International Privé 372, note Gautier ; Arrêt du 6 juillet 1989 de la Cour d'appel de Paris, [1990] Recueil Dalloz Sirey 152 (Jurisprudence), note Audit et [1989] Revue Critique de Droit International Privé 706, note Gautier ; arrêt du 28 mai 1991 de la Cour de cassation, [1991] Revue Critique de Droit International Privé 752, note Gautier. Dans cette affaire, le droit français était aussi bien le droit du for que le droit du pays où la protection est demandée, mais ceci n'a aucune influence sur nos conclusions.

51. Pour une analyse approfondie de cette affaire voir J. GINSBURG et P. SIRINELLI, « Authors and Exploitations in International Private Law : The French Supreme Court and the Huston Film Colorization Controversy » (1991), 15 *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 135 ; J. GINSBURG et P. SIRINELLI, « Auteur, création et adaptation en droit interne et en droit international privé français : Reflections à partir de l'arrêt Huston » (1991), 150 RIDA 3 ; voir aussi J. GINSBURG, « French Copyright Law : A Comparative Overview (1988-1989) », 36 *Journal of the Copyright Society of the USA* 81 et J. GINSBURG, « Conflicts of Copyright Ownership Between Authors and Owners of Original Artworks : An Essay in Comparative and International Private Law » (1993), 17 *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 395.
52. Voir J. GINSBURG et P. SIRINELLI, « Auteur, création et adaptation en droit interne et en droit international privé français : Reflections à partir de l'arrêt Huston » (1991), 150 RIDA 3, p. 21.
53. Pour une liste complète d'exceptions voir par exemple, en droit britannique, le Chapitre 3 du *Copyright, Designs and Patents Act 1988*.

Quand on applique toutes ces règles dans le contexte de l'affaire des rouleaux de la Mer Morte, on se rend compte que toute question de contrefaçon des œuvres produites par le professeur Qimron et le Team International qui sont protégées par le droit d'auteur trouvera sa réponse en droit d'auteur israélien si l'acte présumé de contrefaçon s'est produit en Israël et par le droit d'auteur américain si l'acte présumé de contrefaçon s'est produit aux États-Unis, etc.

4.2.3 Les sanctions civiles

Les sanctions civiles sont le dernier groupe dans cette catégorie. Le caractère effectif des droits exclusifs est en effet garanti par la possibilité d'obtenir des sanctions, comme les dommages-intérêts. Ceci inclut la détermination de la personne qui pourra intenter une action en justice, par exemple la question de savoir si le détenteur d'une licence simple peut intenter une telle action sans l'intervention de l'ayant droit. Tout ceci contribue à la définition exacte du droit en l'espèce et la loi applicable devra donc être la loi du pays où la protection est demandée⁵⁴. Les parties n'auront pas la possibilité d'utiliser la loi du contrat afin de changer le droit d'intenter une action en justice que chacune d'elles possède ou ne possède pas, au moins vis-à-vis de parties tierces⁵⁵. Les restrictions procédurales habituelles s'appliqueront dans la situation où la loi du pays où la protection est demandée n'est pas également la loi du for. Par exemple, la quantification des dommages-intérêts se fera selon les règles de la loi du for⁵⁶.

4.2.4 Conclusion en ce qui concerne le droit international privé

La loi du pays où la protection est demandée régit les questions concernant la création et l'existence d'un droit d'auteur. En d'autres termes, la question de savoir si les œuvres du professeur Qimron et du Team International seront protégées par le droit d'auteur, et plus spécifiquement s'il s'agit bien d'œuvres originales au sens du droit d'auteur, est une question à laquelle la réponse sera apportée par le droit d'auteur israélien en autant qu'il s'agisse de la protection par le

54. Voir par exemple l'arrêt du 17 juin 1992 du Bundesgerichtshof allemand [1993] GRUR Int. 257 ; voir aussi E. ULMER, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws* (La Haye, Kluwer, 1978), p. 35.

55. Voir l'arrêt du 17 juin 1992 du Bundesgerichtshof allemand, [1993] GRUR Int. 257.

56. Voir CHESHIRE et NORTH, *Private International Law*, 13^e éd. (London, Butterworths, 1999), Ch. 6 et plus spécifiquement aux p. 87-88.

droit d'auteur en Israël, par le droit d'auteur américain en autant qu'il s'agisse de la protection aux États-Unis, par le droit d'auteur britannique en autant qu'il s'agisse de la protection au Royaume-Uni, etc.

Une fois les œuvres protégées par un droit d'auteur, il peut y avoir contrefaçon. Sur ce point, la loi du pays où la protection est demandée devient en pratique la *lex loci delicti*. La question de savoir s'il y a eu contrefaçon en Israël sera donc une question pour le droit d'auteur israélien, tandis que la question de savoir s'il y a eu contrefaçon aux États-Unis ou au Royaume-Uni sera donc une question pour le droit d'auteur américain ou britannique.

Inutile d'ajouter qu'en vue des divergences entre les droits d'auteur nationaux sur des points clés comme l'originalité et les exceptions, le résultat final sera donc différent selon le pays concerné et la loi concernée.

5. CONCLUSION

Si nous laissons de côté l'effet des considérations de droit international privé, il devient clair que la conclusion principale qu'il faut tirer des affaires *Hyperion* et des rouleaux de la Mer Morte est qu'au moins en droit d'auteur britannique, il peut y avoir un droit d'auteur dans des œuvres restaurées ou reconstituées à base d'œuvres qui ne sont plus protégées par le droit d'auteur.

La subsistance n'est pas le problème principal dans ce genre d'affaire. L'affaire *Hyperion* était une affaire particulière et l'argument de substantialité ne se posait pas parce que le *Copyright, Designs and Patents Act 1988* n'offrait pas de définition d'une œuvre musicale. Dans la plupart des affaires, le problème de substantialité se résoudra automatiquement au moment où il aura été démontré que l'œuvre remplit la condition d'originalité.

La condition d'originalité est donc le point principal. Une simple copie ne suffira pas. Si la restauration ou la reconstitution n'impliquent que l'acte de copier, il n'y aura pas de droit d'auteur nouveau et indépendant. On a besoin d'un apport personnel et créatif de la part de la personne qui restaure ou reconstitue l'œuvre. Ce rapport de création entre l'auteur et son œuvre est essentiel, même si on n'a point besoin d'art, d'innovation ou d'invention. Il peut s'agir seulement d'une forme de présentation, même si l'auteur est convaincu que cette présentation est identique à celle de l'auteur de

l'œuvre d'origine créée bien antérieurement. Il est donc clair qu'une œuvre reconstituée au sens propre du terme sera plus facilement protégée par son propre droit d'auteur indépendant qu'une œuvre restaurée⁵⁷.

57. « Reconstituer » implique recréer les éléments qui manquent, tandis que « restaurer » implique nettoyer, rendre beau à nouveau, mais tout y est déjà ou encore.