La protection des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes: un nouvel instrument international de l'OMPI*

Daniel Gervais

- I. L'INCIDENCE DES TECHNIQUES NUMÉRIQUES SUR LA PROTECTION DES DROITS DES ARTISTES INTERPRÈTES OU EXÉCUTANTS ET DES PRODUCTEURS DE PHONOGRAMMES
- L Les techniques numériques («digital technology») ont complètement bouleversé les pratiques de l'industrie phonographique, et, par conséquent, la nature du travail et des relations entre artistes interprètes ou exécutants, d'une part, et producteurs de phonogrammes (disques, cassettes, disques compacts), d'autre part. Les deux phénomènes dont on parle le plus sont la diffusion numérique («digital broadcasting») et le «sampling».
- 2. La diffusion numérique consiste à diffuser par ondes hertziennes ou par câble, des émissions de radio ou de télévision en utilisant le format numérique, c'est-à-dire des séries de nombres binaires (essentiellement des 0 et des 1). Ce sont ces mêmes séries qu'utilise l'informatique pour stocker des programmes d'ordinateur ou des données. Les techniques numériques sont donc, en quelque sorte, le pont entre le disque (sonore) et l'informatique. On peut presque dire que le disque de vinyle, remplacé dans un premier temps

Daniel Gervais, 1993

Texte de l'allocution de M^e Daniel Gervais, juriste au département du droit d'auteur de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), à l'occasion du diner-conférence de l'ALAI Canada à Montréal, le 8 avril 1993.

par le disque compact (CD), est sur le point d'être remplacé par la disquette d'ordinateur.

3. Ces mêmes techniques permettent de stocker, toujours sous forme numérisée, plusieurs autres catégories d'objets et d'oeuvres. Par exemple, on peut aujourd'hui stocker sur support informatique (disquette, disque dur, etc.) des images, des combinaisons d'images et de sons (notamment des oeuvres audiovisuelles, dont les films) et combiner plusieurs types d'oeuvres différents. Des programmes sophistiqués permettent en effet de combiner textes, images et sons, et ces nouveaux produits qui vont bientôt révolutionner toute l'industrie des loisirs («entertainment»), constituent un défi énorme pour le droit d'auteur et les droits voisins. La Convention de Berne définit des catégories d'oeuvres qui ont presque toujours eu des supports différents et propres à chacune d'elles ; toile pour les peintures, pellicule pour les oeuvres cinématographiques, disque pour la musique, etc. Pour ce qui concerne la Convention de Rome, celle-ci tient pour acquis, d'une part, que les exécutions et prestations («performances») qu'elle protège sont identifiables et, d'autre part, que les producteurs de phonogrammes, qui sont aussi protégés par cette convention, produisent... des phonogrammes. Or, les techniques numériques permettent de manipuler les sons comme s'il s'agissait de données informatiques. On peut donc extraire d'une prestation enregistrée des notes, des fragments et même le style propre à un artiste. Ainsi, l'ordinateur peut aujourd'hui reconnaître ce qui fait que Claudio Arrau est un grand pianiste et Yo-Yo Ma un grand violoncelliste, pour ensuite imprimer ce style à un autre morceau. Un musicien peut même continuer à jouer après sa mort...De plus, les ordinateurs sont devenus de véritables instruments, capables de synthétiser le son de tous les instruments, anciens et nouveaux, et même celui de la voix humaine.

4. Les conséquences de ce qui précède sont de plusieurs ordres. En premier lieu, on pensera au droit au respect de la personnalité des artistes dont on extrait les notes ou le style, pour les utiliser dans des circonstances sur lesquelles l'artiste n'a aucun contrôle. Au point de vue économique, le fait qu'une interprétation puisse être réutilisée après transformation des dizaines de fois change la valeur que l'artiste attache à celle-ci. D'autre part, il devient possible pour le producteur de faire un disque à partir de sons et d'exécutions numérisées et manipulées, donc pratiquement sans artistes ou avec un très petit nombre d'entre eux. Enfin, certains disques ne sont en fait plus des phonogrammes, au sens de la Convention de Rome, puisque cette convention fait référence à des fixations de sons, alors

que la technologie numérique permet de créer de la musique à partir d'un programme, et sans qu'il y ait production de sons en tant que tels. On parle dans ce cas plutôt de représentations numériques de sons. Or, si ce qui est fixé n'est pas un son, le disque n'est pas considéré comme phonogramme au sens de la Convention de Rome, et le producteur ne peut pas bénéficier de la protection accordée au producteur de phonogrammes par la convention.

5. D'un point de vue plus pratique, la technologie numérique permet de faire plusieurs copies d'une oeuvre musicale ou audiovisuelle à partir d'un seul exemplaire original et sans détérioration ni de l'original ni de la qualité des copies successives. De même, et pour les mêmes raisons, on peut ensuite faire des copies des copies, et ainsi de suite, à l'infini. Un tel scénario est bien sûr catastrophique pour l'industrie du phonogramme (ou de la vidéo, quoique les vidéodisques laser ne soient pas encore très répandus) et tous ceux qui travaillent au sein de cette industrie (artistes, compositeurs, éditeurs, producteurs, etc.), car les revenus provenant de la vente d'exemplaires diminuent au fur et à mesure que se font ces copies dites privées.

6. Bientôt, avec l'avènement de la radiodiffusion numérique et des supports numériques enregistrables (cassette numérique (DCC) et *mini-disc*), il sera possible d'enregistrer à partir d'une émission de radio une pièce de musique avec une qualité égale à celle du disque compact. Le phénomène de la copie privée va donc encore s'amplifier.

7. Au regard de ces bouleversements technologiques et du rythme effarant auquel ils envahissent le marché, on comprendra facilement le besoin de réviser rapidement et en profondeur les normes internationales dans le domaine des droits voisins, comme dans celui du droit d'auteur.

8. Les artistes interprètes craignent une nouvelle vague de chômage technique due à une réutilisation massive des leurs exécutions, et redoutent les conséquences de la perte de contrôle sur ces réutilisations lorsque celles-ci sont manipulées numériquement et se transforment en de simples fichiers (binaires) informatisés. Ils réclament donc un droit de regard sur ces réutilisations, et celui d'obtenir une rémunération adéquate. Par ailleurs, ils demandent des droits nouveaux afin de pallier la perte de revenus, réelle ou potentielle, découlant des modifications des modes d'accès et d'utilisation des oeuvres par le public. Ainsi, par exemple, la montée en flèche de la location de cassettes et les copies privées qui sont effectuées à partir d'exemplaires loués ou achetés remettent en question les fondements

économiques du partage des revenus entre les différentes parties en cause et peut même entraîner une diminution significative des revenus globaux disponibles. En d'autres termes, si, au lieu de vendre des exemplaires de disques ou cassettes au public, le distributeur ne peut que les vendre à des clubs de location, il percevra moins et pourra donc payer moins au producteur, aux artistes et aux auteurs, à moins de disposer d'un droit (par cession ou licence) lui permettant de percevoir une rémunération proportionnelle aux locations successives de l'exemplaire vendu aux clubs de location. En effet, dans ce dernier scénario, il vend moins d'exemplaires, mais obtient plus pour ceux qu'il vend.

- 9. En revanche, en ce qui concerne la copie dite privée (à la maison), et compte tenu de l'ampleur que prendra ce phénomène après l'introduction de la radiodiffusion numérique, il est plus difficile de concevoir un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire ce type de copie. En effet, on s'imagine mal les représentants des ayants droit aller dans chaque maison pour voir combien de copies ont été effectuées: le droit au respect de la vie privée et de l'intimité s'oppose à ce qu'on intervienne systématiquement chez les particuliers. Il faut donc trouver d'autres solutions.
- 10. La première consiste à limiter les dégâts en limitant les possibilités de faire des copies. On peut penser au système mis au point par les fabricants d'appareils d'enregistrement audio, lequel empêche de réaliser une copie d'une copie (donc une deuxième génération de copies). Ce système est mieux connu sous le sigle anglais SCMS (Serial Copy Management System). On peut aussi imaginer un système de brouillage numérique associé à un dispositif ajouté aux systèmes d'enregistrement audio qui ne permettrait tout simplement pas de faire une copie. L'intervention du juriste dans la mise en place de tels systèmes se fait au moment où on tente de contourner la dernière technique. Il faut alors s'assurer que la justice aura les moyens de sanctionner la faute du pirate.
- 11. L'autre façon de compenser auteurs, artistes et producteurs est l'introduction de système de redevances sur les supports vierges et les appareils d'enregistrement. Ces redevances, perçues lors de la mise en marché (importation ou fabrication), sont administrées par une société de gestion collective qui redistribue les sommes perçues aux ayants droit en fonction de critères préétablis. Sur le plan international, les problèmes qui se posent se situent essentiellement au niveau des relations inter-étatiques ou entre sociétés de gestion collective nationales. Comment, en effet, assurer le respect des droits des artistes, auteurs et producteurs étrangers? La règle fondamen-

tale des conventions internationales dans le domaine de la propriété intellectuelle, et notamment les Conventions de Berne et de Rome, est le traitement national. Cette règle doit normalement continuer de s'appliquer, comme elle le fait depuis plus d'un siècle, malgré l'évolution constante de la technologie. C'est d'ailleurs ce que réclament artistes et producteurs et ce que les organes directeurs de l'OMPI ont pris en considération en demandant au Bureau international de l'OMPI de préparer un nouvel instrument sur la protection des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes.

- 12. Un autre aspect de ce mandat relatif à la préparation de propositions pour un nouvel instrument concerne la mise en oeuvre des droits (*enforcement*). En effet, l'un des problèmes les plus apres des dernières années dans le domaine des négociations internationales touchant à la propriété intellectuelle est le lien entre les droits reconnus aux auteurs, artistes et producteurs, d'une part, et leur application devant les instances douanières et judiciaires des États, d'autre part. Les conventions internationales renferment déjà quelques règles, mais ces règles sont aujourd'hui considérées comme insuffisantes par certains États et associations d'ayants droit. C'est ce qui les a conduit à proposer aux organes directeurs de l'OMPI l'ajout de ce sujet à l'ordre du jour des débats tant sur l'éventuel protocole à la Convention de Berne que sur l'éventuel instrument relatif à la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes.
- J'en viens donc maintenant au contenu des propositions du Bureau international de l'OMPI relatives à cet éventuel instrument.

II. LES PROPOSITIONS PRÉPARÉES PAR LE BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI

- 14. Le document établi pour la première réunion du Comité d'experts sur un éventuel instrument relatif à la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes qui s'est réuni à Genève du 28 juin au 2 juillet 1993, couvre essentiellement le domaine audio.
- 15. Dans ce cadre, les sujets qu'abordent les propositions du Bureau international sont les suivants : définitions de l'artiste interprète ou exécutant, du phonogramme et de quelques autres expressions; le droit moral des artistes interprètes ou exécutants; les droits patrimoniaux des artistes et des producteurs de phonogrammes; la durée de protection des droits; la cession ou transfert des droits; les

formalités pour la reconnaissance des droits, le traitement national et les critères de rattachement et, enfin, la mise en oeuvre des droits (*enforcement*).

A. Les définitions de l'artiste interprète ou exécutant et du phonogramme

16. Une question préliminaire est de savoir quels artistes seront visés par ce nouvel instrument. Il faut en effet définir ce qu'est un artiste, puisque ce terme, au sens large, couvre un éventail très vaste de métiers artistiques. La principale question à cet égard concerne les artistes dans le domaine de l'audiovisuel, c'est-à-dire essentiellement les acteurs. La Convention de Rome ne s'applique pas à cette catégorie d'artistes et prévoit l'exclusion des droits des artistes qu'elle protège (notamment les musiciens) pour toute exploitation audiovisuelle à partir d'une fixation autorisée (article 19). Le mandat du Comité d'experts sur l'éventuel instrument n'est malheureusement pas tout à fait clair, car il ne précise pas quels artistes l'éventuel instrument doit protéger. C'est pourquoi le Bureau international a jugé préférable de laisser cette question de côté pour l'instant et de demander aux organes directeurs de l'OMPI une décision précise à ce sujet lors de leurs prochaines réunions au mois de septembre 1993.

17. La Convention de Rome (article 3(a)) définit les artistes auxquels elle s'applique. Ce sont les «acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, déclament, jouent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques». Cette définition n'est plus adaptée aux réalités actuelles. Certains artistes devraient en effet être couverts par la protection internationale des droits voisins même s'ils jouent ou exécutent des œuvres non considérées comme œuvres littéraires ou artistiques. On pense ici aux artistes du cirque et des variétés, ainsi qu'à ceux qui représentent ou exécutent des expressions du folklore.

18. En ce qui concerne les phonogrammes, ils sont définis dans la Convention de Rome comme des «fixations exclusivement sonores de sons». Or, les changements induits par les techniques numériques, et notamment la possibilité de produire des phonogrammes sans qu'il y ait, à proprement parler, de fixations de sons, mais uniquement de représentations numérisées de sons, rendent la définition de la Convention de Rome obsolète et il faut la réviser.

19. Le projet d'instrument établi par le Bureau international proposera donc, au chapitre des définitions, des textes qui couvrent les artistes mentionnés ci-dessus, ainsi que les nouveaux phonogrammes produits numériquement des années 1990. Les définitions de publication et de reproduction seront aussi revues pour prendre en considération les systèmes de distribution numérique à distance (*digital delivery*) d'oeuvres, par ligne téléphonique (modem) ou autre. De même, la notion de communication au public devra être modernisée (notamment en ce qui concerne la distribution par câble et la diffusion par satellite) et celle de fixation, pour tenir compte de l'évolution des procédés de production de disques déjà mentionnée.

B. Le droit moral des artistes interprètes ou exécutants

20. Comme je l'ai mentionné en introduction, la technique numérique permet de modifier à souhait un enregistrement sonore et, donc, de manipuler le travail d'un artiste interprête. En matière de droit d'auteur, les auteurs bénéficient d'un droit moral qui leur permet de s'opposer à toute mutilation d'une ocuvre littéraire ou artistique (ils ont aussi un droit patrimonial relatif à l'adaptation de leurs oeuvres qui peut aussi s'appliquer dans ce contexte). Il n'en va pas de même en ce qui concerne les prestations d'artistes interprètes ou exécutants. Or, l'ampleur que rend ce phénomène de manipulation numérique est tel que la reconnaissance d'un droit moral aux artistes paraît essentielle. Le projet d'éventuel instrument contient un tel droit moral, qui se scinde en deux : d'une part, le droit à la reconnaissance de la paternité d'une prestation (dans la mesure où cela est raisonnable dans les circonstances) et, d'autre part, le droit de s'opposer à une distorsion ou autre modification apportée à une prestation qui porte atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'artiste.

C. Les droits patrimoniaux

21. Les propositions du Bureau international au chapitre des droits patrimoniaux comporte deux volets, en partant du principe qu'il faut ajuster à la hausse le niveau de protection de la Convention de Rome. Ainsi, les droits déjà reconnus dans cette convention devront s'appliquer aux nouvelles réalités circonscrites dans les définitions mentionnées au point A. Les droits des artistes et des producteurs de phonogrammes doivent aussi s'étendre aux technologies aujourd'hui omniprésentes, et notamment le câble et le satellite. En outre, des droits nouveaux sont nécessaires pour permettre aux artistes de faire face à certaines nouvelles formes d'exploitation de leurs prestations, et en particulier la location et le prêt public. Des propositions détaillées sont donc présentées dans ce domaine. Il sera proposé, à l'instar de certaines législations nationales, de permettre aux États où un système de rémunération équitable (plutôt qu'un

droit exclusif d'autoriser ou d'interdire) existe de continuer d'appliquer ce système, du moins pendant un certain temps.

22. Un droit relatif à la copie privée sera proposé, tant pour les artistes que pour les producteurs, pour pallier les pertes importantes occasionnées par la prolifération de la copie privée depuis l'avènement du disque compact, phénomène qui ira en augmentant avec la radiodiffusion numérique et la mise sur le marché de supports d'enregistrement à domicile entièrement numériques (cassette numérique et «mini-disc»). La Communauté européenne étudie la possibilité d'adopter une directive qui irait en ce sens, puisqu'elle obligerait les États membres à mettre en place un tel système là où il n'existe pas encore.

D. La durée de protection des droits

23. La tendance constatée au niveau international au cours des dernières années est à l'extension de la durée de protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes. La Convention de Rome prévoit une durée minimale de vingt ans. Le projet d'éventuel instrument proposera une durée de cinquante ans. Cette durée est aussi appliquée ou en voie d'adoption dans plusieurs lois nationales notamment, dans le projet de directive européenne relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

E. La question de la cessibilité des droits dits voisins

24. Cette question est d'actualité dans le cadre des négociations internationales en cours à l'OMPI et dans d'autres instances. Cependant, bien que le mandat actuel du Comité d'experts sur l'éventuel instrument permette d'aborder cette question et de formuler des propositions concrètes, le Bureau international a jugé préférable de prendre d'abord l'avis du Comité d'experts afin de dégager des lignes directrices. Des propositions devraient donc être soumises lors de la deuxième réunion du comité.

F. Les formalités

25. La règle de la Convention de Berne, en matière de droit d'auteur, est limpide : la jouissance et l'exercice des droits ne peuvent être subordonnés à une formalité. En matière de droits dits voisins, la Convention de Rome, tout comme la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (appelée Convention Phonogrammes), permettent l'imposition de formalités au niveau national, Toutefois, elles fixent certaines limites. L'article 11 de la Convention de Rome et l'article 5 de la Convention Phonogrammes prévoient que lorsqu'un État exige l'accomplissement de formalités à titre de condition de la protection des producteurs de phonogrammes (et des artistes interprètes ou exécutants, dans le cas de la Convention de Rome), ces exigences sont considérées comme satisfaites si tous les exemplaires dans le commerce du phonogramme ou l'étui le contenant portent le symbole P dans un cercle, accompagné de l'indication de l'année de la première publication, apposée d'une manière montrant de faon nette que la protection est réservée.

26. La tendance actuelle va plutôt dans le sens d'une élimination des formalités obligatoires, bien que l'enregistrement facultatif de droits semble connaître un nouvel essor dans certains pays. Cet enregistrement ne doit cependant en aucun cas avoir une incidence sur la protection de l'oeuvre ou du phonogramme. Non obligatoire, il pourra servir notamment à rendre publique l'existence d'une oeuvre, d'un phonogramme ou d'un droit, et ainsi aider à sa commercialisation et à la lutte contre la piraterie. Bien évidemment, il est plus facile de vendre un droit lorsqu'on en est le détenteur enregistré et, du coup, il devient beaucoup plus difficile pour un éventuel pirate de vendre des droits qu'il n'a pas et qui sont enregistrés au nom d'une autre personne.

27. L'éventuel instrument ne traite pas de l'enregistrement facultatif de droits, mais aborde la question des formalités obligatoires. La proposition du Bureau international est de refléter dans le nouvel instrument la tendance à l'élimination des formalités contraignantes et donc d'interdire leur imposition.

G. La mise en oeuvre des droits

28. Cette question de la mise en oeuvre des droits était, comme je l'ai indiqué, l'une des pierres d'achoppement des négociations bilatérales, puis multilatérales, dans le domaine de la propriété intellectuelle. Son importance découle en grande partie de la montée en flèche de la piraterie et de la contrefaçon depuis la fin des années 1970 et de l'internationalisation du marché des oeuvres pirates. L'OMPI a déployé des efforts substantiels depuis le début des années 1980 afin d'endiguer ce phénomène. L'OMPI a notamment organisé un forum mondial sur la piraterie des enregistrements audiovisuels et sonores en 1981 et un autre forum sur la piraterie des émissions de radiodiffusion et des oeuvres imprimées en 1983. Les moyens de lutte contre la piraterie ont été à l'ordre du jour des discussions sur

les dispositions types de l'OMPI sur le droit d'auteur qui se sont tenues entre 1989 et 1991.

- 29. Parallèlement, l'OMPI a intégré cette rubrique dans ses programmes de formation et de coopération pour le développement. Le Bureau international de l'OMPI est d'avis que des mesures coercitives sont, bien évidemment, indispensables, mais pas suffisantes pour enrayer définitivement la piraterie. Pour atteindre cet objectif, il faut en effet informer et faire prendre conscience de l'importance du droit d'auteur et des droits voisins pour le développement d'une industrie culturelle nationale, ou sa survie.
- 30. Il faut enfin mentionner que les négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round du GATT comporte un volet relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contre-façon (connu sous le sigle TRIPs). Un des chapitres du projet d'accord élaboré en décembre 1991 et toujours en suspens concerne la mise en oeuvre des droits et, à la demande de certains États (en particulier des pays développés membres du «groupe de Stockholm»), le Bureau international de l'OMPI a intégré le résultat (provisoire) de ces négociations TRIPs dans ses propositions relatives à la mise en oeuvre des droits.
- 31. Le projet de nouvel instrument proposera aux Etats des normes minimales en ce qui concerne l'accès à leurs instances administratives (notamment douanières) et judiciaires pour mettre en oeuvre des droits de propriété intellectuelle dont une violation s'est produite ou est sur le point de survenir. Ces mesures toucheront la saisie d'exemplaires illicites, y compris à la frontière (point d'importation), l'émission de mesures dites provisoires (par exemple, une injonction pour faire cesser une violation), l'obtention de dommages intérêts suffisants pour compenser une perte occasionnée par une violation, ainsi que des mesures de nature pénale (amende ou emprisonnement) en cas de violation grave. En outre, des mesures visant à assurer la bonne marche des procédures (présence d'un avocat, avis écrits, droit de présenter toute preuve pertinente, etc.) seront aussi proposées, de même que des mesures relatives au contournement des dispositifs techniques de protection (par exemple le cryptage d'émissions de radiodiffusion ou la limitation du nombre de générations de copies effectuées à partir d'un même original - Serial Copy Mangement System (SCMS)).

H. Le traitement national

La protection des artistes interprêtes ou exécutants...

32. La règle du traitement national est un principe fondamental des conventions internationales en matière de propriété intellectuelle. Le nouvel instrument n'échappe pas à cette règle, mais propose sa modernisation par rapport aux dispositions de la Convention de Rome, en précisant son application au domaine de la gestion collective des droits.

Les critères de rattachement

- 33. Les critères retenus par le Bureau international de l'OMPI dans ses propositions sont à peu de choses près ceux de la Convention de Rome, jugés satisfaisants.
- 34. Voilà donc le menu des négociations qui se sont ouvertes à Genève. Vous y constatez sans doute la volonté arrêtée de l'OMPI et de ses États membres de «mettre à jour» la Convention de Rome et les droits des artistes et producteurs, droits que l'évolution technologique risque de laisser peu à peu derrière elle et, avec elle, les artistes et producteurs qu'ils cherchent à protéger.
- 35. Il faut espérer que le Canada prenne part à ces négociations et tiennent compte des acquis et des consensus qui se sont dégagés aux mois de juin et juillet s'il devait légiférer dans le domaine des droits voisins (par exemple, la durée de protection de cinquante ans, plutôt que le minimum de vingt ans prévu par la convention). En effet, bien qu'il soit indéniable qu'une ratification par le Canada de la Convention de Rome constituerait un pas important vers une protection accrue des artistes interprètes, producteurs de phonogrammes et organismes de radiodiffusion canadiens, il ne faut pas pour autant occulter les lacunes de cette convention mentionnées pendant cet exposé et que l'évolution technologique a encore accentuées, notamment au cours des dernières années.