Cent deux ans plus tard : les États-Unis adhèrent à la Convention de Berne*

Jane C. Ginsburg et John M. Kernochan**

INTRODUCTION

Par les votes historiques des 5 et 12 octobre, le Sénat et la Chambre des représentants ont à l'unanimité approuvé la législation[1] destinée à mettre la loi américaine en conformité avec la Convention de Berne. Cette législation a été signée par le président Reagan le 31 octobre 1988. Le président a également signé une résolution adoptée par le Sénat, relative à la ratification de la Convention de Berne. Faisant suite au dépôt des instruments juridiques requis auprès de l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) à Genève, l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne a pris effet le 1er mars 1989.

Cette mesure capitale représente le terme de plusieurs décennies de luttes, dont certaines ont été marquées par l'échec des États-Unis dans leurs tentatives au fil des années de s'aligner sur les autres pays développés et en développement en adhérant au traité le plus ancien et le plus étendu concernant la protection des droits des auteurs. Cette mesure a été prise au cours des dernières heures de la clôture de la session du Congrès, peu avant les élections présidentielles, et a finalement surmonté les manoeuvres politiques intérieures qui ont jusqu'au dernier moment menacé de report et d'échec possible les projets de loi relatifs à l'adhésion.

© Jane C. Ginsburg et John M. Kernochan, 1989.

* Traduction de Denis Furne. Les *Cahiers de propriété intellectuelle* remercient la *Revue Internationale du Droit d'Auteur* (RIDA) et Denis Furne d'avoir permis la publication de cet article paru dans le numéro de juillet 1989 de la RIDA.

** Les auteurs sont professeurs au Columbia University School of Law de New York.

1. *The Berne Convention Implementation Act of 1988*, Pub., L., no 100-588, 102 Stat. 2853 (1988).

LES EFFORTS ENTREPRIS PAR LES ÉTATS-UNIS POUR ADHÉRER À LA CONVENTION DE BERNE

L'adhésion des États-Unis est intervenue cent deux ans après que l'observateur officiel présent à la première conférence internationale dont naquit la Convention eût préconisé une participation des États-Unis à l'Union de Berne. Les États-Unis n'entretenaient à cette époque aucune relation internationale en ce qui concerne la protection du droit d'auteur. Nous fûmes et cela depuis longtemps, une «nation pirate» pour laquelle la libre reproduction sur le sol national des oeuvres étrangères, et en particulier des oeuvres britanniques[2], était plus séduisante que la protection proposée à l'étranger. Aucune disposition générale ne prévoyait la protection des oeuvres étrangères jusqu'à l'adoption du Chace Act de 1891[3]. Au cours du XXe siècle, la politique des États-Unis en matière de propriété intellectuelle changea: d'utilisateurs et importateurs d'oeuvres protégées, les États-Unis devinrent producteurs et exportateurs de première importance. L'attrait d'une protection à l'échelon mondial devenait proportionnellement évident. Une prolifération d'accords bilatéraux sur la protection du droit d'auteur[4] s'ensuivit, mais aucune participation à une importante convention multilatérale sur la protection du droit d'auteur n'intervint avant les années cinquante[5].

Lorsque les États-Unis décidèrent finalement en 1955 d'adhérer à une convention internationale, il ne s'agissait pas de la Convention de Berne. À cette époque, la loi américaine n'accordait même pas les seuils minimums de protection imposés par la Convention de Berne. La Convention fixe par exemple un délai de protection minimum de cinquante ans[6]. Selon la loi américaine, la protection du droit d'auteur ne s'étendait que sur vingt-huit ans, à moins que

2. Voir à ce propos SANDISON, «The Berne Convention and the Universal Copyright Convention: The American Experience», (1986) 11 *Colum. — VLA J. Law & the Arts* 89; RINGER, «The Role of the United States in International Copyright — Past, Present and Future», (1968) 56 *Geo. L.J.* 1050.
3. Loi du 3 mars 1891, 22 Stat. 1106 § 13.
4. Voir la circulaire du Copyright Office no 38a qui fait état de la liste des pays avec lesquels les États-Unis entretiennent des relations en matière de droit d'auteur, notamment par des accords bilatéraux, et des dates de signature de ces accords.
5. À l'exception de la Convention de Buenos Aires de 1910, 38 Stat. 1785 (1911). Ce traité prévoit des relations en matière de droit d'auteur entre les États-Unis et la plupart des pays d'Amérique du Nord, d'Amérique Centrale et d'Amérique du Sud.
6. *Convention de Berne sur la protection des oeuvres littéraires et artistiques*, 9 sept., 1886, révisée à Paris le 24 juillet 1897, art. 7 (apparaît ci-après sous le terme *Convention de Berne*).

le propriétaire ne renouvelle l'enregistrement pour une seconde période de vingt-huit ans[7]. La Convention de Berne interdit que des formalités conditionnent la jouissance ou l'exercice du droit d'auteur[8]. Cependant, à cette époque, la loi américaine imposait une mention de réserve du droit d'auteur sur les exemplaires édités (loi de 1909, §§ 10, 19) et l'omission de la mention de réserve entraînait l'oeuvre dans le domaine public[9]. La loi américaine impliquait en outre l'enregistrement et le dépôt des oeuvres comme condition préalable à toute poursuite en infraction[10]. À partir de 1928, la Convention de Berne reconnut à l'auteur les «droits moraux» de revendiquer la paternité de son oeuvre et d'en empêcher toute déformation ou mutilation[11], disposition que n'adoptèrent pas les États-Unis. Plutôt que de porter amendement à leurs textes en vue d'éliminer cette différence et bien d'autres, les États-Unis promurent activement la conclusion d'un nouveau traité international de protection du droit d'auteur adapté en grande partie aux spécificités de la loi américaine, la Convention universelle sur le droit d'auteur (Universal Copyright Convention (UCC))[12].

Mais au terme des années 80, de nombreux officiels américains et détenteurs de droits d'auteur prirent conscience que cette dissidence vis-à-vis de l'Union de Berne était pour le moins incommode et s'avérait en outre de plus en plus gênante, voire préjudiciable aux intérêts du droit d'auteur américain. En effet, de nombreuses industries américaines de droits d'auteur trouvèrent onéreuse et lourde la procédure indirecte permettant de bénéficier de la protection offerte par la Convention de Berne. Cette méthode impliquait d'effectuer une manipulation sur le pays d'origine de l'oeuvre en procédant à une publication «simultanée» dans un pays de l'Union (généralement le Canada), garantissant ainsi une protection «détournée» par la Convention de Berne[13]. Il était également possible de garantir une protection aussi complète que celle de l'Union aux

7. 17 U.S.C., § 24, remplacé par 17 U.S.C., § 302 (1976) (durée de vie de l'auteur plus de cinquante ans pour les oeuvres créées à partir de 1978).
8. *Convention de Berne*, cf. note 6 ci-avant, art. 5.2.
9. 17 U.S.C., §§ 10, 19 (1909). Les articles 401 et 405 de la loi de 1976 imposaient encore la mention de réserve, mais le titulaire du droit d'auteur bénéficiait d'un délai de cinq ans pour corriger l'oubli de cette mention.
10. 17 U.S.C., § 13 (1909). Voir également 17 U.S.C., § 411 (1976).
11. *Convention de Berne*, cf. note 6 ci-avant, art. 6 bis.
12. Les dispositions de l'UCC particulièrement compatibles avec la loi américaine en vertu de la loi de 1909 incluent l'article III (formalités) et l'article IV (durée).
13. Les articles 5,4b de la Convention de Berne (une oeuvre sera considérée comme appartenant à l'Union si elle est publiée simultanément dans un pays autre que de l'Union et dans un pays de l'Union), et 3,4 (la publication «simultanée» doit avoir lieu dans les trente jours suivant la première publication).

pays de l'UCC également signataires de la Convention de Berne dont les lois internes incluaient les critères de Berne, car la règle du traitement national (garantissant aux auteurs de l'UCC le même traitement qu'aux nationaux) accordait aux ayants droit américains une protection coextensive avec les seuils fixés par la Convention de Berne. Cependant, le recours des États-Unis à l'UCC et à la protection «détournée» aussi complète que celle de Berne sans en assumer les responsabilités, suscita un ressentiment considérable et, plus encore, des menaces de représailles[14]. En outre, bien que bénéficiant occasionnellement des avantages de la Convention de Berne, les États-Unis n'eurent aucun rôle dans l'évolution et la gestion de ce premier pacte international. À une époque de rapide mutation technologique et d'évolution doctrinale, les États-Unis restaient en marge de l'évolution juridique internationale[15].

La non-appartenance à la Convention de Berne s'avérait gênante non seulement parce que les États-Unis étaient le seul pays de l'Ouest à n'être pas membre de l'Union, mais aussi parce que cette non-appartenance offrait un terrain de résistance aux négociateurs commerciaux américains cherchant à gagner un respect grandissant des droits d'auteur américains à l'étranger: si les États-Unis préconisaient avec tant d'insistance une protection importante du droit d'auteur et la mise en application de cette protection par ses partenaires commerciaux, pourquoi n'adhéraient-ils pas au plus protecteur des traités multilatéraux en matière de droit d'auteur[16]? D'autres considérations politiques accrurent également l'attrait d'une adhésion à la Convention de Berne : non seulement l'UCC offrait une protection moins étendue que celle de l'Union, mais elle était en outre administrée par l'UNESCO, une organisation internationale à laquelle les États-Unis avaient depuis peu retiré leur soutien. De plus, une adhésion assurerait au regard du droit d'auteur des relations avec vingt-quatre pays supplémentaires et soutiendrait les efforts

14. Cette capacité de représailles apparut notamment lorsque les divers pays membres de la Convention de Berne proposèrent en 1986 un embargo de plusieurs millions de dollars sur les produits américains jusqu'à ce que fût supprimée la clause de fabrication de la *Loi sur le droit d'auteur*. Voir à ce sujet la Commission nationale pour la Convention de Berne: *Why the United States Should Join the Berne Convention*, 2 juillet 1987, p. 3. Voir également RINGER, note 2 ci-dessus, p. 1059.
15. Cf. les notes du sénateur Leahy, 133 *Cong. Rec.*, S7369 (bulletin quotidien du 29 mai 1987): «... aujourd'hui et au cours des prochaines années, les intérêts vitaux des États-Unis ne pourront être totalement représentés au sein du système international de droit d'auteur que si nous cessons de faire figure de dissidents et rejoignons la Convention de Berne».
16. Voir à ce sujet H.R. Rep., no 100-609, 100e Congrès, 2e Session 18 (1988) et S. Rep., no 100-352, 100e Congrès, 2e Session 4-5 (1988).

américains mis en oeuvre pour inclure la propriété intellectuelle dans les règles du GATT (General Agreement on Tariffs and Trade)[17].

C'est à l'actif d'une initiative du ministère des Affaires étrangères américain que l'on peut attribuer les derniers — et fructueux — efforts entrepris par les États-Unis pour adhérer à la Convention de Berne. Le ministère a réuni un groupe de travail ad hoc relatif à l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne[18], chargé d'étudier les amendements à la loi américaine indispensables pour parvenir à une adhésion. Le rapport final du groupe de travail[19] s'est limité à définir les principales lignes de la loi américaine devant subir des modifications afin que celle-ci soit compatible avec les dispositions de la Convention de Berne. Il s'est ainsi attaché à l'application des lois américaines aux oeuvres d'origine étrangère soumises à la protection de la Convention de Berne, car cette dernière «n'exige pas d'un État membre qu'il garantisse les protections requises par les textes de la Convention aux oeuvres dont ce pays est «le pays d'origine»»[20]. Dans quatorze chapitres consacrés aux différents aspects du droit d'auteur, la Commission a déterminé que les aspects concernés de la loi américaine étaient, en substance et au plan juridique, compatibles avec la Convention de Berne, obligatoires[21] (17 U.S.C. §§ 111, et notamment: certaines licences

17. Déclaration de Clayton Yeutter, Trade Representative des États-Unis, devant le sous-comité pour les brevets, marques de fabrique et droits d'auteur du Comité sénatorial de la Magistrature (18 février 1988), §§ 17 et 18.
18. Le groupe de travail comprenait: Irwin Karp, président (Authors League of America); Norman Alterman (Motion Picture Export Association of America, Inc.); Jon A. Baumgarten (Association of American Publishers); Leonard Feist (National Music Publishers Association, Inc.); Morton David Goldberg (Information Industry Association); Bella Linden (The Songwriters Guild); I. Fred Koenigsberg (American Society of Composers, Authors and Publishers); William Maxwell (Computer and Business Equipment Manufacturers Association); Gary Roth (Broadcast Music, Inc.); Hamish R. Sandison (Recording Industry Association of America); Augustus W. Steinhilber (National School Boards Association); Robert Wedgeworth (American Library Association) et *ex officio*, Harvey H. Winter (fonctions de secrétaire exécutif) (Département d'État); Donald C. Curran (anciennement affilié au Register of Copyrights); Lewis Flacks (Copyright Office); Michael S. Keplinger (Bureau de la Législation et des affaires internationales du Bureau américain des brevets et marques de fabrique). Nous précisons que les membres du groupe ont collaboré à titre individuel et que les noms des diverses organisations qu'ils représentent ou auxquelles ils sont affiliés ne sont indiqués ici qu'à titre d'information et ne sauraient engager la responsabilité de ces organisations dans le cadre du Rapport Final.
19. Voir Rapport Final du groupe de travail ad hoc sur l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne, (1986) 10 *Colum. VLA Journal of Law and the Arts* 513.
20. *Id.*, p. 516.
21. Ces licences incluent le câble, les enregistrements sonores et la diffusion par des canaux non commerciaux, 17 U.S.C., §§ 111, 115, 118.

Nous noterons enfin que le soutien des principaux intérêts financiers américains, notamment dans le domaine informatique, cinématographique et dans certains secteurs de l'édition, a été primordial pour garantir l'adhésion à la Convention de Berne[32]. Au cours de nombreux congrès qui précédèrent le 100e, des projets de loi préconisant la ratification de la Convention de Berne furent proposés[33]. Pourtant, jusqu'alors, il ne fut pas un instant question d'une quelconque adhésion à l'Union. Ce sont probablement les efforts de la majorité des industries américaines du droit d'auteur[34] qui,

32. Certains artistes et groupes artistiques ont joué un rôle mineur dans la lutte pour l'adhésion à l'Union. Malheureusement, la position puriste qu'ils ont le plus souvent adoptée en refusant de tenir compte des réalités politiques et de l'impossibilité de dépasser la position minimaliste dans l'hypothèse d'une adhésion effective a rendu leur participation parfois plus obstructive que constructive.

33. Voir RINGER, note 2 ci-avant, p. 1058 et les sources auxquelles il y est fait référence, notamment GOLDMANN, *The History of the Copyright Law Revision* (Études préparées pour le sous-comité sur les brevets, marques de fabrique et droits d'auteur du Comité sénatorial de la Magistrature, 86e Congrès, 1re Session, conformément à la S. Res. 53). Étude no 1, p. 4 (1960).

34. De nombreux membres de ces industries ont formé des groupes afin d'influencer la législation en faveur d'une adhésion à la Convention de Berne. Les deux principaux groupes étaient la Commission Nationale pour la Convention de Berne (National Commission for the Berne Convention — NCBC) et le Comité pour l'Adhésion à Berne (CAB).
La NCBC comprenait :
ADAPSO (The Computer Software and Services Industry Association), American Association of School Administrators, American Association of University Professors, American Council on Education, American Library Association, ASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers), Applied Data Research, Inc., AAUP (Association of American University Presses), Association of Research Libraries, Autodesk, Inc., Baltimore County Schools, BMI (Broadcast Music, Inc.), CBEMA (Computer and Business Equipment Manufacturers Association), Comshare, Incorporated, Council for American Private Education, the Data Group Corporation, Deneb Systems, Inc., The Walt Disney Company, Distribution Management Systems Corp., Elsevier Science Publishing Company, Inc., Gancom, Inc., Harcourt Brace Jovanovitch, Inc., I.M.R.S., Inc., Integral Business Systems, IBM (International Business Machines Corporation), IIA (Information Industry Association), International Reading Association, John Hopkins University, Management Science America, Inc. (MSA), Music Educators National Conference, National Clearing-house for Bilingual Education, National Commission on Libraries and Information Science, NMPA (National Music Publishers Association), NSBA (National School Boards Association), SESAC, Inc., Supply Tech, Inc., TLB, Inc., Unitech Software, Inc., U.S. Catholic Conference, United States Council for International Business, Vanguard Atlantic Ltd., Viewplan, Inc., VM Personal Computing, Inc., WOS Data Systems, Inc., John Wiley & Sons, Inc., Publishers.
Ashton-Tate Corporation, Harris Publishing Company, Hudson Hills Press, Inc., IPL (Intellectual Property Owners, Inc.), Lotus Development Corporation, MPAA (Motion Picture Association of America), Music Publishers Association of the United States, Peter Norton Computing Members, Intellectual Property Committee.
Le CAB comprenait :
ADAPSO, American Electronics Association, American Film Marketing Association, Association of American Exporters and Importers, AT & T, BMG Music (nouvelle dénomination de RCA-ARIOLA, Intl.), California Council for

cette fois, ont pesé dans la balance. La raison pour laquelle elles encouragèrent à leur tour l'adhésion à la Convention de Berne provient vraisemblablement de ce qu'elles ont reconnu dans une proportion croissante l'importance de l'utilisation à l'échelon mondial et par conséquent de la protection internationale d'oeuvres d'origine américaine[35].

Cette étude examine deux questions concernant la législation qui avait permis l'adhésion à la Convention : premièrement, quels aspects de la loi américaine ont changé au regard de cette adhésion et, deuxièmement, dans les domaines de la *Loi sur le droit d'auteur* que le Congrès a laissés inchangés, comment la loi américaine s'inscrit-elle dans le cadre des critères fixés par la Convention de Berne ?

International Trade, Computer and Business Equipment Manufacturers Association, Consumers for a Sound Economy, Digital Equipment Corporation, Elsevier Science Publishing Co., Inc., Gulf & Western (Simon & Schuster Paramount Pictures), Hewlett-Packard Company, Hasbro Toy Company, Hudson Hill Press, IBM Corporation, Information Industries Association, Intellectual Property Owners, John Wiley & Sons, Inc., Lotus Software, Motion Picture Association of America, National Association of Manufacturers, Training Media Distributor Association, Texas Instruments Incorporated, Walt Disney Studios.
Des membres d'autres industries du domaine de la propriété intellectuelle prônèrent également l'adhésion à la Convention de Berne. Les entités suivantes constituèrent le Comité pour la Propriété Intellectuelle (Intellectual Property Committee) :
Bristol-Myers Company, E.I., du Pont de Nemours and Company, FMC Corporation, General Electric Company, General Motors Corporation, Hewlett-Packard Company, IBM Corporation, Johnson & Johnson, Merck & Co., Inc., Monsanto Company, Pfizer Inc., et Rockwell International.
Voir S. Rep., no 352, note 16 ci-avant, p. 7-8.
Certaines parties de l'industrie de l'édition se montrèrent quant à elles beaucoup moins enthousiastes au regard de cette adhésion à Berne. Plusieurs éditeurs de magazines se sont regroupés en une « Coalition pour la Préservation de la Tradition Américaine en matière de Droit d'auteur », essentiellement en vue d'empêcher l'adhésion à Berne de devenir un moyen de reconnaissance et d'encouragement des droits moraux aux États-Unis. Les membres de ce groupe d'influence étaient : Conde Nast Publications, Inc., Davis Publications, Inc., Dow Jones & Company, Inc., Forbes, Inc., McGraw-Hill, Inc., Meredith Corp., Newsweek, Inc., Omni Publications International, Ltd., Playboy Enterprises, Inc., The Reader's Digest Association, Inc., Rodale Press, Inc., Straight Arrow Publishers, Inc., Time, Inc., Turner Broadcasting System, Inc., U.S. News & World Report.
L'Association des Éditeurs de Magazines s'opposa également à l'adhésion à la Convention de Berne.

35. Voir à ce sujet U.S. Trade Commission, *Foreign Protection of Intellectual Property Rights and the Effect on U.S. Industry and Trade* (Investigation no 332-245 à l'art. 332(g) du *Tariff Act* de 1930 (février 1988) ; LADD, « To Secure Intellectual Property Rights in World Commerce », 1 (1984) dans *Oversight on International Copyrights*, exposé devant le sous-comité sur les brevets, marques de fabrique et droit d'auteur du Comité sénatorial de la Magistrature, 98e Congrès, 2e Session (1984), p. 15 ; et General Accounting Office, *International Trade : Strengthening Worldwide Protection of Intellectual Property Rights*, GAO/NSIAD-87-65 (Avril 1987).

I. MODIFICATIONS APPORTÉES À LA LOI AMÉRICAINE SUR LE DROIT D'AUTEUR

La nouvelle législation a modifié deux principaux domaines de la loi américaine de 1976 sur le droit d'auteur: la question de la licence légale obligatoire pour les représentations de musique non dramatique au moyen d'un juke-box et, plus important encore, celle des formalités.

A. Licence pour les juke-boxes

Parmi les quatre licences obligatoires de la loi américaine qui entrèrent en application en 1978, une seule a été jugée incompatible avec l'article 11(1) de la Convention de Berne: la licence pour les juke-boxes. Les licences obligatoires ont été admises dans le cadre de la télévision par câble en vertu de l'article 11 bis(2) et dans le cadre de l'enregistrement sur support mécanique en vertu de l'article 13(1). En ce qui concerne la diffusion par des canaux non commerciaux, le comité ad hoc a jugé possible que les articles 11 bis(2) et 9(2) autorisent ce type limité de licence obligatoire.

À l'inverse, les dispositions relatives à la licence obligatoire pour les juke-boxes n'ont pas été jugées compatibles avec l'article 11(1) de la Convention de Berne, qui dispose:

> Les auteurs d'oeuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit d'autoriser: 1) la représentation et l'exécution publiques de leurs oeuvres, y compris la représentation et l'exécution publiques par tous moyens ou procédés; 2) la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs oeuvres.

Le Congrès entreprit ainsi la révision des termes de l'article 116 de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'article ainsi amendé prévoit que les opérateurs et les propriétaires d'un juke-box négocieront librement un accord de licence sur les termes et le taux du versement des droits, la division des parts et la nomination des agents[36]. Les négociations pourront faire l'objet d'un arbitrage[37]. Les accords de licence qui ont pu être ainsi conclus «remplaceront» toute détermination obligatoire d'un accord par le Copyright Royalties Tribunal (CRT)[38]. Les licences obligatoires garanties sous l'égide du CRT resteront en vigueur jusqu'à la signature d'accords privés. Si

36. Le *Berne Convention Implementation Act* de 1988, sec. 4, § 116 (A)(c)(1) 102, Stat. 2853, 2856 (1988).
37. *Id.*, 116 A(c)(2), 102 Stat. 2856.
38. *Id.*, 116 A(d), 102 Stat. 2856.

la licence privée échoue ou prend fin pour quelque raison que ce soit, la licence obligatoire jouera le rôle de «garde-fou» et prévaudra en l'absence éventuelle de licence[39].

Dans le cadre de l'article 116, le Congrès a essentiellement préconisé et encouragé la licence privée entre les parties et laissé à la licence obligatoire contrôlée par le CRT un rôle de remplacement. La question reste posée, de savoir si la révision de cette procédure de licence privée sera adoptée de façon bénéfique et durable par les collectivités privées, mais il est probable qu'il en sera ainsi car ceci représente dans le fond un élément de coercition. Parmi les trois principaux domaines de la loi américaine touchés par ces changements, celui d'aménager des accords préexistants était peut-être le moins discutable.

B. Formalités

1) Mention de réserve

La plus importante modification apportée à la loi américaine est la condition de mention de réserve: les oeuvres publiées après mars 1989 ne seront plus tenues de porter la mention de réserve du copyright (©), date, nom de l'auteur ou celui du détenteur du droit d'auteur. La mention de réserve reste donc facultative (mais conseillée, pour des raisons que nous analyserons ci-après), mais une oeuvre ne pourra plus désormais tomber dans le domaine public par omission de cette mention. En outre, la mention de réserve n'est plus obligatoire, quelle que soit l'origine de l'oeuvre, américaine, originaire de pays membres de la Convention de Berne ou de pays liés aux États-Unis par l'UCC ou un accord bilatéral.

L'abandon de la mention de réserve obligatoire vient compléter l'allégement considérable de cette condition formelle apporté par la loi de 1976. En vertu de la loi de 1909, une publication sans mention de réserve pouvait s'avérer immédiatement fatale. La loi de 1976 accordait au propriétaire de l'oeuvre une période de grâce de cinq ans lui permettant de corriger cette omission[40], mais n'effaçait en rien la menace de la déchéance de ce droit. Il fut donc moins difficile à la loi de 1976 qu'à la loi précédente de devenir conforme aux termes de la Convention de Berne.

39. *Id.*, 116 A(g), 102 Stat. 2856-57.
40. 17 U.S.C. § 405(a)(2). Cependant, si la mention de réserve n'était omise qu'à partir d'une «assez faible quantité d'exemplaires» ou avait été omise en infraction à un accord écrit stipulant l'apposition d'une mention de réserve, il n'en résulterait aucune privation de droit, 17 U.S.C. § 401(a)(1)(3).

Manifestons toutefois quelque prudence. Si l'absence de mention de réserve ne prive plus l'oeuvre de la protection du droit d'auteur aux États-Unis, le «Berne Implementation Act» prévoit que la mention de réserve ne permettra pas de se défendre au motif de la «contrefaçon de bonne foi»[41]. Une défense fructueuse peut entraîner la diminution des dommages-intérêts réels ou prévus par la loi, garantis au propriétaire du droit d'auteur[42]. Afin d'éviter ce risque, le détenteur du droit d'auteur, qu'il soit américain ou étranger, doit donc continuer à opposer la mention de réserve sur tous les exemplaires publiés[43].

Cependant, dans quelle mesure une «contrefaçon de bonne foi» peut-elle l'emporter en l'absence de mention de réserve ? La législation de 1988 ne définit pas clairement la notion de «contrefaçon de bonne foi». Le texte fait référence aux dommages-intérêts prévus par la loi de 1976. Cette disposition permet au tribunal de réduire la réparation «dans le cas où le contrevenant supporte le fardeau de la preuve et où le tribunal constate qu'il n'était pas conscient du fait que ses actes constituaient une infraction au droit d'auteur et qu'il n'avait aucune raison de le croire[44]. Si on suppose que cette référence tient compte du critère de la contrefaçon de bonne foi d'une oeuvre sans mention de réserve après l'adhésion à la Convention de Berne[45], les amendements de 1988 semblent fixer la barre bien

41. Le *Berne Convention Implementation Act* de 1988, Sec. 7, §§ 401(d), 402(d), 102 Stat. 2853, 2857-58 (amendant les 17 U.S.C. §§ 401-402).
42. *Ibid.*
43. En outre, chacun devrait garder à l'esprit que la mention de réserve reste nécessaire pour la sauvegarde et le maintien de la protection dans les pays qui en imposent les formalités et qui sont membres de l'UCC mais non de l'Union de Berne. L'article III de l'UCC permet aux pays membres d'exiger une forme prescrite de mention de réserve et d'obliger à l'enregistrement et au dépôt avant toute action en justice. Parmi les vingt-quatre membres de l'UCC non unionistes, plusieurs ont exigé la conformité avec les formalités locales : par exemple, Colombie, loi no 86 sur le droit d'auteur, 26 déc. 1946, art. 73, 98 ; Panama, code administratif, partie V (art. 1998-1966) du 22 août 1916, art. 1906, 1907, 1912, 1915 ; Vénézuela, loi relative au droit d'auteur des 29 novembre et 12 décembre 1962, art. 90. Voir également Paraguay, loi no 94 sur la protection des oeuvres scientifiques, littéraires et artistiques et l'«Establishment of the Public Register of Intellectual Rights», des 5 et 10 juillet 1951, art. 47, 58 (l'enregistrement est requis à moins que les oeuvres étrangères se conforment aux formalités du pays d'origine : cette formalité s'applique donc aux oeuvres américaines publiées avant mars 1989).
44. U.S.C. § 504(c).
45. L'article 405(b) de la loi de 1976 proposait une définition plus explicite qui s'appliquait directement à l'omission de la mention de réserve. Cette disposition intitulée «Effet de l'omission (de la mention de réserve) sur des contrevenants de bonne foi», stipulait :
Aucune personne qui enfreint innocemment un droit d'auteur, en utilisant un exemplaire ou un phonogramme dûment autorisé mais pour lequel la mention de réserve du droit d'auteur a été omise, n'encourt de responsabilité au titre de dommages-intérêts réels ou prévus par la loi en vertu de l'article 504, pour toute infraction

haut avant que ne puisse être menacée l'indemnisation du détenteur du copyright. En fait, le critère selon lequel «le contrevenant n'était pas conscient du fait que ses actes constituaient une infraction au droit d'auteur et qu'il n'avait aucune raison de le croire» ne devrait pas excuser la plupart des défendeurs procédant à l'exploitation commerciale d'oeuvres protégées. Les personnes dont l'activité a trait de près ou de loin aux oeuvres protégées devraient être réputées connaître les principes fondamentaux de la *Loi sur le droit d'auteur*[46], notamment la règle centrale selon laquelle les oeuvres créées à partir de 1978 jouissent de la protection fédérale du droit d'auteur dès le moment de leur création[47]. Ceci est *d'autant plus* valable pour les oeuvres créées après mars 1989, pour lesquelles la mention de réserve ne devrait même plus s'appliquer comme une simple confirmation. Il en résulte qu'il peut être difficile pour la plupart des défendeurs confrontés à un exemplaire ne portant pas de mention de réserve de se trouver face à un test d'«innocence», notamment lorsque certains tribunaux ont interprété le test de façon à exiger que le défendeur «ait agi en complète ignorance du fait que sa conduite pourrait d'une façon ou d'une autre porter atteinte aux droits d'un tiers»[48].

L'on pourrait objecter que cette interprétation limite la défense de la «contrefaçon de bonne foi» dans une mesure telle, qu'elle supprime toute incitation à apposer la mention de réserve. L'objection se poursuivrait en observant qu'en dépit de sa décision d'écarter l'obligation de la mention de réserve, le Congrès voulait en fait

commise avant de recevoir le préavis que l'enregistrement concernant l'oeuvre a été effectué en vertu de l'article 408, si ladite personne prouve qu'elle a été induite en erreur par l'omission de la mention.
Mais ces éléments de contrefaçon de bonne foi peuvent n'être pas adaptés dans le contexte de l'après-Berne, car l'Implementation Act limite l'applicabilité du § 405(b) aux exemplaires publiés avant la date effective d'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne (§ 7(e)(2)). Il semble clair que la défense d'un contrevenant de bonne foi qui a impliqué qu'il n'encourra «*aucune* responsabilité au titre de dommages-intérêts» (nos italiques) s'opposerait à l'art. 5,2 de la Convention de Berne, qui impose que la jouissance et l'exercice d'un droit d'auteur ne sera soumis à aucune formalité.
46. Voir à ce sujet *Merrill c. Bill Miller's BBQ Ents. Inc.*, 688 F. Supp. 1172, 1176 (W.D. Tex. 1988) (qui rejette la défense d'un contrevenant de bonne foi reposant sur une revendication non fondée d'une exemption légale au droit d'exécution publique : «considérant l'importance matérielle et financière de la chaîne de restaurants du défendeur, leur souscription préalable à (un service de musique d'ambiance) et la jurisprudence bien établie donnant interprétation à la loi, les défendeurs n'ont pu reconnaître *raisonnablement* et de bonne foi que leurs exécutions publiques de musique protégée par le droit d'auteur étaient exemptes») (italiques dans le texte original).
47. 17 U.S.C. § 102(a).
48. *Original Appalachian Artworks, Inc. c. J.F. Reichert, Inc.*, 658 F. Supp. 458, 463 (E.D. Pa. 1987).

encourager à ce qu'on en poursuive l'usage. Nous répondrions que si le Congrès cherchait un encouragement, cet encouragement ne devait pas apparaître sous la forme d'une condition déguisée. Le rapport du Sénat affirme qu'en assimilant la défense d'un innocent contrevenant à l'absence de mention de réserve, la loi d'application de la Convention de Berne créait un encouragement limité à une mention de réserve compatible avec Berne[49]. Plus l'incitation à apposer la mention de réserve est persuasive, plus grand est le risque d'un conflit avec la règle d'absence de formalité édictée par Berne, si cette incitation est l'espoir d'un dédommagement insignifiant lorsqu'il y a omission de la mention de réserve. Si les dommages-intérêts réels garantis aux détenteurs du droit d'auteur qui ont omis d'apposer la mention de réserve étaient sensiblement réduits, il serait difficile de soutenir que la jouissance et l'exercice du droit d'auteur ne sont plus subordonnés à la formalité de mention de réserve.

2) Enregistrement des oeuvres et dépôt d'exemplaires

L'article 411 de la loi de 1976 prévoit l'enregistrement d'une oeuvre auprès du «Copyright Office» et le dépôt des exemplaires qui l'accompagnent comme condition préalable à toute action en justice. De prime abord, cette condition semble incompatible avec l'article 5(2) de la Convention de Berne, qui ne subordonne la «jouissance et l'exercice du droit d'auteur» à «aucune formalité». Bien que l'enregistrement ne soit la condition à l'existence du droit, il est une condition de l'exercice réel de ce droit. C'est cette conception qui domina parmi les experts américains dans le domaine du droit d'auteur[50]. Cependant, le «Register of Copyrights» s'opposa à l'abandon de l'enregistrement comme condition préalable des poursuites en infraction. Le Register exprima son inquiétude quant au fait que les dépôts venant à augmenter, les grandes collections de la Library of Congress diminueraient si l'enregistrement devenait facultatif. Il affirma également que la condition d'enregistrement n'était pas une «formalité» au sens prescrit par la Convention de

49. S. Rep. No 352, note 16 ci-avant, p. 43 (nos italiques).
50. Voir *Final Report of the Ad Hoc Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention*, 10 (1986) *Colum. — VLA J.L. & the Arts* 513, 565-74, (ci-après référencé sous l'intitulé *Final Report*).
Voir également KERNOCHAN, «Comments on Discussion Bill and Commentary Prepared for the April 15 Subcommittee Meeting as a Proposed Draft of Implementing Legislation to Permit U.S. Adherence to Berne», (1980) 10 *Colum. — VLA J.L. & the Arts* 693, 703 (1980) («Affirmer que l'enregistrement n'est pas une condition indispensable à la protection du droit d'auteur (§ 408) mais une condition préalable à toute action en justice (§ 411), c'est faire état d'un droit qui devient inutile sans formalité, puisque inapplicable... La déclaration... du § 408... ne revêt aucune signification pratique»).

Berne mais plutôt une simple obligation de procédure pouvant s'adapter au traité[51].

Le Congrès résolut finalement la question par un compromis. Le Berne Implementation Act n'exige plus l'enregistrement comme condition préalable d'une poursuite alléguant la contrefaçon d'une oeuvre de l'Union *non originaire des États-Unis*, mais retient la condition préalable à toute action en justice pour les oeuvres d'origine américaine (ainsi que pour les oeuvres de l'UCC non originaires de Berne et les oeuvres non originaires des pays de l'Union avec lesquels les États-Unis ont conclu des accords bilatéraux)[52]. Ce résultat «à deux niveaux», dans le cadre duquel certains étrangers sont en fait favorisés par rapport aux nationaux, est possible dans le cadre de la Convention de Berne. Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, ce traité prévoit des seuils distincts pour les oeuvres originaires de

51. Voir le témoignage et les déclarations de Ralph Oman, Register of Copyrights and Assistant Librarian for Copyright Services, réimprimés dans S. Rep., note 11 ci-avant, p. 16-25.
Ces arguments ont été rejetés par le Comité sénatorial de la Magistrature, voir S. Rep., ci-avant. La pratique sous la Convention de Berne dément également les controverses. L'Union n'a jamais interdit l'établissement d'un système obligatoire de dépôts à la Bibliothèque nationale; elle interdit seulement le lien qui est établi entre la sanction d'une omission de dépôt et la mise en application du droit d'auteur. L'application de peines entre totalement dans le cadre du traité. De façon plus significative, l'histoire de la Convention de Berne contredit directement l'affirmation selon laquelle l'enregistrement préalable à toute action en justice n'est pas une formalité interdite en tant que condition préalable à toute protection. Des documents de l'époque indiquent que les formalités préalables à toute action en justice étaient déjà très présentes dans l'esprit des réviseurs de Berlin. Voir *Records of the Conference Convened in Berlin, October 14 to November, 1908*. Rapport de Louis RENAULT, *traduit en anglais et réimprimé dans* A. BOGSCH, *The First Hundred Years of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* 144, 148 (1986). Voir aussi P. WAUWERMANS, *La Convention de Berne (révisée à Berlin) pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*, 72-73 (Bruxelles 1910) (Délégué à la conférence de 1908) (qui marque une règle de dépôt préalable à toute action — telle que celles alors en vigueur en France et en Angleterre — comme une formalité prescrite par une convention plutôt que comme une simple condition à une action en justice).
52. En vertu du Berne Implementing Act, § 4, une oeuvre de l'Union, d'origine américaine, est soit une oeuvre publiée pour la première fois aux États-Unis; ou: publiée simultanément aux États-Unis et soit dans un pays de l'Union dont le délai de protection est plus long, soit dans un pays non affilié à la Convention de Berne; ou: publiée pour la première fois dans un pays non membre de l'Union alors que les auteurs sont tous ressortissants, domiciliés ou résidents des États-Unis (ou, pour les oeuvres audiovisuelles, lorsque le siège du producteur se situe aux États-Unis); ou une oeuvre n'ayant fait l'objet d'aucune publication, dont les auteurs sont tous ressortissants, domiciliés ou résidents américains (ou, pour les oeuvres audiovisuelles, lorsque le siège du producteur se situe aux États-Unis); ou, une oeuvre de peinture, des arts graphiques et de sculpture incluse dans un bâtiment ou structure situés sur le territoire des États-Unis. Voir le *Berne Convention Implementation Act* de 1988, art. 4, §§ 101, 102, Stat. 2853, 2854 (1988).

l'Union, mais n'exige pas que les États membres accordent à leurs oeuvres *nationales* le niveau de protection du traité[53]. Toutefois, cette solution « à deux niveaux », qui accorde aux oeuvres étrangères une protection plus importante, ne semble guère politiquement acceptable. Nous pouvons prévoir qu'*à la longue*, même les oeuvres américaines seront dispensées de la formalité préalable à toute action en justice, lors d'une prochaine réforme de la loi.

Si le fait que les oeuvres non américaines ne sont pas enregistrées n'entrave plus une action pour infraction, cela ne signifie pas que les propriétaires de droits d'auteur, pouvant invoquer la Convention de Berne, doivent passer outre à la possibilité d'un enregistrement. Au contraire, un enregistrement rapide reste très important. La loi de 1976 sur le droit d'auteur, même amendée par la loi de 1988, contient d'importants encouragements à l'enregistrement et au dépôt des oeuvres. Ces encouragements concernent tant la preuve de la revendication d'un droit d'auteur que les recours possibles. Si l'oeuvre est enregistrée dans les cinq années qui suivent la publication, le certificat d'enregistrement aura valeur probatoire de l'identité de l'auteur, des dates de création et de publication, et de la validité du droit d'auteur[54].

En outre, si l'oeuvre est enregistrée dans les *trois mois* qui suivent la première publication, les dommages-intérêts prévus par la loi et les honoraires d'avocat pourront être accordés[55]. Ceux-ci peuvent se révéler d'une valeur incalculable pour un plaignant en matière de droit d'auteur, notamment au cours d'instances fréquentes où les dommages réels (ventes perdues du plaignant, bénéfice du défendeur) sont hypothétiques ou difficiles à prouver. Le droit de représentation publique en matière de compositions musicales non dramatiques illustre parfaitement l'utilité des dommages-intérêts prévus par la loi : comment peut-on, par exemple, évaluer la représentation non autorisée à la radio ou dans une discothèque, de dix chansons protégées ? La valeur doit-elle être assimilée au coût d'une licence de représentation musicale multiplié par le pourcentage du répertoire de la société gérant le droit d'exécution représenté par les dix compositions ? S'il en était ainsi, la somme obtenue serait infime. En fait, s'il s'agissait là du moyen d'évaluer les dommages-intérêts (et même si le coût total de la licence servait de base de calcul), l'utilisateur d'une musique pourrait bien trouver plus intéressant financièrement d'être poursuivi en justice pour infraction

53. Voir *Convention de Berne*, note 6 ci-avant, art. 5,1, 5,3.
54. 17 U.S.C. § 410(c).
55. *Id.*, § 412.

au droit d'auteur, que d'acquérir une licence de représentation. Les détenteurs de droits d'auteur, en cherchant à faire valoir ce droit, cherchent donc en règle générale des dommages-intérêts légaux. Cela permet aux tribunaux d'imposer un degré de responsabilité supérieur au coût d'une licence de représentation, encourageant ainsi dans le futur le respect de ces droits[56]. Afin de multiplier les encouragements à un enregistrement opportun, le montant maximum des dommages-intérêts s'est vu doublé par les amendements de 1988, passant de 50 000 $ à 100 000 $ par oeuvre contrefaite[57].

Les honoraires d'avocat sont également une incitation à l'enregistrement des oeuvres. À la différence des parties perdantes dans la plupart des autres pays, aux États-Unis les parties perdantes

56. Voir à ce sujet *Iowa State University Research Foundation, Inc.* c. *American Broadcasting Companies, Inc.*, 475 F. Supp. 78 (S.D.N.Y. 1979) confirmé, 621 F2d 57 (2e Circ. 1980) ; et *Boz Scaggs Music* c. *WKND, Inc.*, 491 F. Supp. 908 (D. Conn. 1980).
57. Le Berne Convention Implementation Act de 1988, art. 10, § 504(c)(2), 102 Stat. 2853, 2860 (1988).
Le texte *Joint Explanatory Statement on House-Senate Compromise Incorporated in Senate Amendment to H.R. 4262* (Berne Convention Implementation Act de 1988) établit qu'au regard du doublement des dommages-intérêts légaux par l'Implementation Act, « les récents dommages-intérêts légaux ne s'appliqueront qu'aux enregistrements effectués à la date ou après la date effective de cette loi ». Voir Joint Explanatory Statement, *réimprimé* dans (1988) 36 J. Copr. Soc'y 70, 76.
Ce texte ne trouve aucune autorité dans le texte du Berne Implementation Act et paraît tout à fait incorrect ; il s'agit plus probablement d'une erreur ou d'une mauvaise compréhension entre les rédacteurs du document conjoint. L'article 13 de la loi établit que la nouvelle législation prend effet à l'entrée en vigueur du traité (1er mars 1989) ; la loi de 1976, non amendée, s'applique à « tout motif de poursuite intervenant dans le cadre de [la *Loi sur la protection du droit d'auteur*] avant la date effective d'entrée en vigueur du [*Berne Implementation Act*] ». La date à laquelle il est ici fait référence est celle de la contrefaçon invoquée. Si la plainte est introduite après le 1er mars 1989, les amendements relatifs à Berne s'appliquent et les dommages-intérêts légaux varient entre 200 $ et 100 000 $. De façon à limiter l'intervention des amendements de 1988, l'accroissement des dommages-intérêts pour les oeuvres *enregistrées* après le 1er mars 1989 doit amener à interpréter la Convention de Berne comme impliquant que les plaintes en contrefaçon prennent source dans l'enregistrement plutôt que dans un acte portant atteinte aux droits décrits au § 106. Il n'en a pas été ainsi en vertu de la loi de 1976 (comparer la loi de 1976, § 301(b)(3) ; la loi des États fédérés continue de s'appliquer à « tout motif de poursuite résultant d'actes entrepris avant le 1er janvier 1978 »).
En outre, cette interprétation du texte n'a aucun sens. Elle pourrait mettre en échec l'objectif de réduction des formalités contenu dans de nombreux amendements de 1988. Si les revendications de droits d'auteur dépendent plus de l'enregistrement que de la contrefaçon, l'enregistrement devient en ce cas un élément primordial de toute plainte, et non plus seulement des plaintes appelant des dommages-intérêts légaux plus importants. Pire, elle rend obligatoire l'enregistrement même pour les propriétaires d'oeuvres non américaines de l'Union. En conséquence, les États-Unis ne seraient guère en conformité avec les critères de la Convention de Berne.

n'ont pas à verser d'honoraires aux avocats de la partie adverse. Eu égard aux coûts relativement élevés de l'assistance judiciaire aux États-Unis, le montant des honoraires d'avocat, qui est rendu possible par un rapide enregistrement, représente une indemnité substantielle même si elle n'est pas proportionnelle aux sommes demandées.

Enfin, deux autres aspects de l'enregistrement méritent une brève mention au regard de l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne. Les amendements de 1988 n'ont en outre pas explicitement abordé ces questions. L'une concerne l'application par le service des douanes du droit du détenteur du droit d'auteur d'exclure les importations d'exemplaires pirates et l'autre concerne les actions pénales en contrefaçon.

L'article 602 de la *Loi sur la protection du droit d'auteur* donne pouvoir au détenteur du droit d'auteur d'empêcher dans plusieurs cas l'importation d'exemplaires ou de phonogrammes acquis en dehors du territoire des États-Unis. La loi permet également au service des douanes d'empêcher l'importation d'exemplaires pirates acquis à l'étranger. Bien que la *Loi sur la protection du droit d'auteur* ne lie pas elle-même le recours contre l'importation et l'enregistrement du droit d'auteur, les réglementations du service des douanes exigent à présent le dépôt des certificats d'enregistrement du droit d'auteur comme complément à la prévention de l'importation d'exemplaires réalisés en contrefaçon[58]. L'on peut donc se demander si ces réglementations n'interfèrent pas avec le principe d'« absence de formalité » de la Convention de Berne.

Pour apporter une réponse, il est nécessaire de déterminer si la Convention de Berne impose ou anticipe l'extension des recours contre l'importation pour ses États membres. Le texte du traité fournit une réponse affirmative. L'article 16 prévoit la saisie des exemplaires en contrefaçon, même de ceux importés de pays dans lesquels l'oeuvre n'est pas — ou n'est plus — protégée[59]. Cependant,

58. 19 C.F.R. § 133.31 - 133.33.
59. De plus, en vertu des fondements du traitement national, art. 5,1, les membres de l'Union jouissent non seulement des protections spécifiques prévues par la convention (protection des importations, par exemple), mais aussi de celles prévues par la juridiction nationale des pays membres. Puisque le § 602 prévoit un recours contre la violation du droit exclusif de distribution d'oeuvres protégées (§ 106(3)), les oeuvres unionistes ont droit à ce recours. La tendance des décisions judiciaires semble être au rejet des suggestions selon lesquelles le § 602 présente un recours administratif particulier différent des droits habituels de protection du droit d'auteur. Voir à ce sujet *Sebastian International Inc.* c. *Consumer Contacts (Pty) Ltd.*, 847 F.2d 1093 (3e Circ. 1988).

le texte permet également que la saisie « ait lieu en conformité avec la législation de chaque pays ». Néanmoins, cette référence à la législation locale ne doit probablement pas être interprétée dans le sens d'une tolérance des formalités locales relatives au droit d'auteur. La proscription générale des formalités prévue par l'article 5 qui conditionne la jouissance du droit d'auteur continue vraisemblablement de s'appliquer. Cela ne signifie pas que les autorités douanières n'ont plus à exiger des ayants droit étrangers bénéficiant de la Convention de Berne qu'ils justifient leur identité et leur paternité de l'oeuvre concernée. La convention peut plutôt exiger que d'autres moyens que la présentation d'un certificat d'enregistrement suffise à établir la preuve nécessaire[60].

Le rôle de l'enregistrement du droit d'auteur dans le cadre d'actions judiciaires en contrefaçon est ambigu. L'article 411(a) de la Loi de 1976 mentionnait en règle générale qu'« aucune action en contrefaçon » ne pourrait être intentée avant un enregistrement. La condition s'applique donc aux plaintes au civil et au pénal. Les dispositions particulières de la loi en matière d'application pénale n'ont impliqué aucune condition particulière d'enregistrement. Grâce à l'amendement visant à supprimer l'enregistrement comme condition préalable à toute action en justice pour les oeuvres bénéficiant de la Convention de Berne non ressortissantes des États-Unis, la modification devrait couvrir toutes les actions, au civil comme au pénal.

Il subsiste cependant une question concernant les plaintes au pénal en raison des usages du ministère de la Justice. Ce dernier a parfois exigé la présentation de certificats d'enregistrement du droit d'auteur avant d'engager des procédures à la suite de piraterie sur des oeuvres audiovisuelles[61]. Afin d'assurer une conformité avec la Convention de Berne, le ministère de la Justice devrait probablement modifier les procédures internes pour exempter de cette condition les oeuvres non américaines de l'Union. Contre cette conclusion, on pourrait arguer que les peines pénales constituent des sanctions accrues en matière de droit d'auteur, qui ne sont pas incluses dans la protection fondamentale du droit d'auteur devant

60. Cf. MASOUYE, Guide de la Convention de Berne, 113 (1978) (qui met en accusation les modes de preuves que pourraient exiger des autorités locales pour l'application de recours dans le cadre d'importations : ces preuves pourraient comporter des déclarations sous serment écrit effectuées par des autorités locales ou des représentants des auteurs ; rien ne saurait être aussi spécifique au droit d'auteur qu'un certificat d'enregistrement).
61. Entretien avec Crossan Andersen, Esq., précédent Assistant United States Attorney, Director of Anti-Piracy Legal Operations, Motion Picture Association of America, 7 février 1989.

être garantie — sans formalité aucune — aux membres de l'Union. Cependant, ce point de vue contredit la position ferme adoptée par les négociateurs commerciaux américains au cours des réunions du General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Dans leurs tentatives d'obtenir un accord sur un code de propriété intellectuelle dans le cadre du GATT, les représentants américains ont insisté pour que les protections minimales comportent des sanctions pénales[62].

3. Inscription des contrats de transfert

La loi de 1976 sur le droit d'auteur faisait état d'une condition supplémentaire préalable à toute action en justice : dans le cas où l'ayant droit n'était pas l'auteur mais un cessionnaire de droits exclusifs, la loi subordonnait toute action en justice à l'inscription préalable du document du transfert auprès du « Copyright Office »[63]. Alors que cette condition pouvait permettre aux défendeurs potentiels d'affirmer la validité du lien de propriété de l'ayant droit sur l'oeuvre, les tribunaux avaient retenu que seule suffisait l'inscription des documents établissant le transfert des droits du détenteur du droit d'auteur à l'ayant droit le revendiquant[64].

Les amendements de 1988 à la *Loi sur le droit d'auteur* suppriment la condition d'inscription préalable à toute action en justice. À partir de mars 1989, l'ayant droit, qu'il soit originaire d'un pays de l'Union, des États-Unis ou de tout autre pays en relation avec les États-Unis en matière de droit d'auteur, n'aura plus à inscrire au « Copyright Office » les documents du transfert des droits d'auteur comme condition préalable à une action en justice[65]. Il devra cependant encore prouver la titularité des droits revendiqués devant les tribunaux. L'inscription continue de plus à régler le problème de droits entre deux transferts litigieux : normalement, le premier transfert inscrit prévaut[66].

62. U.S. Submission to the Negociating Group on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfeit Goods § IV, Part 8, p. 12, 15 (« les recours au pénal pourront s'appliquer au moins pour la contrefaçon de marque de fabrique et de violation du droit d'auteur, qui sont délibérés et commerciaux et occasionneront la saisie des biens du délit, des matériaux et des équipements utilisés pour leur réalisation, et la confiscation de ces éléments, l'emprisonnement et des peines d'amendes ») (non daté mais probablement publié vers septembre 1988).
63. 17 U.S.C. § 205(d).
64. Voir à ce sujet *Swarovski America Ltd.* c. *Silver Deer Ltd.*, 537 F. Supp. 1201 (D. Colo. 1982).
65. Voir notes 40-49, ci-avant et leurs textes.
66. Voir U.S.C. § 205(e).

C. Quelques problèmes de territorialité et de droit transitoire relatifs aux formalités

1) Étendue territoriale

Ainsi que nous l'avons vu précédemment, l'apposition de la mention de réserve sur une publication annule la défense en contrefaçon de bonne foi. De même, l'enregistrement dans les périodes fixées à partir de la première publication donne lieu à d'avantageuses indemnisations. Mais qu'en est-il du lieu de publication correspondant ? Par exemple, la défense d'une contrefaçon de bonne foi s'applique-t-elle aux exemplaires de l'oeuvre acquis à l'extérieur des États-Unis ? Le droit aux dommages-intérêts légaux et aux honoraires d'avocat dépend-il de l'enregistrement dans les trois mois qui suivent la première publication *américaine* ou dans les trois mois suivant la première publication quel que soit le pays ou celle-ci a lieu ?

a) Mention de réserve

Dans le cas de la mention de réserve, la loi autorise l'apposition de cette mention « chaque fois qu'une oeuvre protégée en vertu du présent titre est publiée aux États-Unis *ou ailleurs* avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur » (nos italiques)[67]. Ce texte a été interprété de façon à conditionner l'apposition de la mention de réserve sur la première publication d'un auteur étranger en dehors des États-Unis ; tant que l'auteur étranger était ressortissant ou domicilié dans un pays lié aux États-Unis en matière de droit d'auteur, ou tant que l'oeuvre était publiée pour la première fois dans un tel pays, l'auteur se trouvait automatiquement assimilé à un ayant droit américain et soumis de ce fait aux conditions législatives américaines, notamment à celle d'apposer une mention de réserve sur les exemplaires publiés sur le territoire ou *à l'extérieur* des États-Unis[68].

Cette interprétation indique que les détenteurs de droits d'auteur non originaires des États-Unis peuvent être susceptibles de défense en contrefaçon de bonne foi dans le cadre d'une action en justice aux États-Unis, même si le plaignant n'avait pas encore distribué l'oeuvre sur le territoire américain, et même si la *Loi sur le droit d'auteur* du pays dans lequel le défendeur a acquis un exemplaire de l'oeuvre n'a imposé aucune condition de mention de réserve. Supposons par exemple qu'un auteur français crée et vende des jeux vidéo en France mais n'en ait pas encore cherché l'exploitation sur

67. 17 U.S.C. § 401(a).
68. Voir *Hasbro-Bradley* c. *Sparkle Toys, Inc.* 780 F.2d (2e Circ. 1985), et les commentaires critiques s'y rapportant par GINSBURG, « Recent Developments in United States Copyright Law », 133 *RIDA* 111, 147-57 (juillet 1987).

le marché américain. La législation française n'impose aucune condition de mention de réserve, ni même la version aménagée d'une défense en contrefaçon de bonne foi. Un ressortissant américain, de passage en France, remarque le jeu lors d'une exposition commerciale en France et note qu'il ne porte aucune mention de réserve. Il conclut donc que la protection du droit d'auteur n'est pas réclamée. Il en acquiert un exemplaire et, de retour aux États-Unis, réalise des copies de jeu et en lance la distribution. Si l'analyse ci-dessus est correcte, la partie américaine invoquerait la défense en contrefaçon de bonne foi et obtiendrait peut-être un allégement des dommages-intérêts.

Cette conclusion est choquante. En vertu de la loi du pays où notre hypothétique défendeur a acquis un exemplaire de l'oeuvre, l'absence de mention de réserve ne l'autorise pas à conclure à l'absence de protection. Cette anomalie impose une nouvelle réflexion sur la loi américaine. La loi américaine sur le droit d'auteur requiert de l'auteur allégué de la contrefaçon de bonne foi qu'il prouve « qu'il n'avait aucune raison de croire que ses actes constituaient une infraction au droit d'auteur »[69]. La législation du pays où la copie a été acquise devrait se rapporter à l'estimation des tribunaux américains afin de déterminer si le défendeur « n'avait aucune raison de croire » que l'oeuvre était protégée[70].

b) Enregistrement

En ce qui concerne le lieu de première publication prévu par la loi en matière d'enregistrement, la loi américaine sur le droit d'auteur fait généralement mention de première publication. Contrairement à la clause relative à la mention de réserve, les dispositions concernant l'enregistrement ne précisent pas « aux États-Unis ou ailleurs »[71]. On pourrait donc en conclure qu'à la différence de la publication pour mention de réserve, la publication pour enregistrement concerne strictement le territoire des États-Unis. Les délais prescrits pour bénéficier des indemnisations particulières d'enregistrement commenceraient donc à courir à compter de la date de première publication aux États-Unis.

69. 17 U.S.C. § 504(c)(2).
70. Une analyse similaire pourrait s'appliquer à la défense d'un contrevenant de bonne foi dans le cas d'exemplaires sans mention de réserve et précédant mars 1989. Dans ce cas, c'est le § 400(b) de la loi de 1970 qui s'appliquerait. Cette disposition ôte toute responsabilité à une personne en mesure de prouver « qu'elle a été induite en erreur par l'omission de la mention de réserve ». Le droit du pays d'acquisition de l'exemplaire sans mention de réserve devra être pris en compte pour prouver si le défendeur a été « induit en erreur ».
71. Voir 17 U.S.C. §§ 410, 412.

Toutefois, la loi mentionne également que la demande d'enregistrement d'un droit d'auteur devra préciser « si l'oeuvre a été publiée, la date et le pays de sa première publication »[72]. Ceci sous-entend que le concept de « première publication » dans les termes de la loi américaine implique une distribution originale *dans tous pays du monde*. En fait, c'est ainsi que le « Copyright Office » a interprété la loi de 1976[73]. En conséquence de cela, les ayants droit étrangers revendiquant des dommages-intérêts et des honoraires d'avocat sont tenus d'enregistrer l'oeuvre aux États-Unis dans les trois mois suivant la date réelle de la première publication, quel qu'en soit le lieu. De même, un certificat d'enregistrement délivré dans les cinq ans suivant la date réelle de première publication serait considéré comme preuve *prima facie*.

Par quelle interprétation du lieu de première publication prévu par la loi l'ayant droit étranger est-il le plus favorisé ? En ce qui concerne les avantages que donne l'enregistrement en tant que preuve, si le lieu pertinent de première publication est les États-Unis, les ayants droit publiant pour la première fois à l'étranger peuvent en fait disposer de plus de cinq ans pour enregistrer l'oeuvre auprès du « Copyright Office » américain et, en outre, invoquer la valeur probatoire du certificat d'enregistrement. Dans ce cas, la limitation du lieu de première publication prévu par la loi au territoire des États-Unis semblerait plus favorable à l'ayant droit étranger.

Cependant, l'issue de l'application de la même réglementation au cas des dommages-intérêts légaux et honoraires d'avocat semble moins favorable. Supposons qu'un livre ait été publié en Allemagne mais pas aux États-Unis. Par la suite, des copies illicites circulent aux États-Unis. Même si les tribunaux américains accueillent sans doute favorablement une action subséquente en contrefaçon, il n'accorderont pas de dommages-intérêts légaux ni d'honoraires d'avocat. Les propriétaires d'oeuvres *non publiées* ne peuvent en bénéficier, à moins que l'oeuvre ait été enregistrée *avant sa contrefaçon*[74]. Ainsi, le conseil reste le même, que le lieu de première

72. *Id.*, § 408(8).
73. Voir Copyright Office américain, *Compendium II : Copyright Office Practices* §§ 910, 910.01 (1984). En vertu de la loi de 1909, les usages du Copyright Office faisaient également référence à toute publication quel qu'en soit le lieu. La durée de protection (vingt-huit ans en vertu de la loi de 1909, soixante-quinze ans pour les oeuvres anonymes, pseudonymes ou les oeuvres ayant fait l'objet d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services selon la loi de 1978) commençait à partir de la date de première publication. Le Copyright Office a considéré que cette date était celle de la première publication réelle et non de la publication américaine.
74. Voir 17 U.S.C. § 412(1).

publication prévu par la loi soit les États-Unis ou le lieu de première publication réelle: pour obtenir le recours particulier qu'offre l'enregistrement, tous les ayants droit devraient enregistrer l'oeuvre auprès du «Copyright Office» américain immédiatement après sa création si la publication est possible ou envisagée. Cette limitation du lieu de première publication au territoire des États-Unis peut en fait desservir l'ayant droit étranger. Si l'oeuvre a été publiée, l'ayant droit jouit d'un délai de grâce de trois mois pour enregistrer l'oeuvre afin de pouvoir encore revendiquer les recours prévus par la loi, même si la contrefaçon de l'oeuvre publiée a précédé l'enregistrement. Cependant, ainsi que le démontre l'exemple précité, si l'oeuvre n'est pas réputée «publiée», les recours prévus ne pourront s'appliquer, à moins que l'enregistrement ait précédé la contrefaçon.

De plus, le fait de déterminer le lieu de la première publication réelle prend tout son sens dans le cadre du droit d'auteur international. Cela permet de fixer une date précise en l'absence de repère. Aux termes de la loi américaine de 1976 sur le droit d'auteur, il s'agit des oeuvres créées dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services. Dans ce cas, la durée est de soixante-quinze ans à compter de l'année de leur première publication[75]. Selon nombre de lois étrangères, le délai de protection pour les oeuvres anonymes et pseudonymes est d'au moins cinquante ans à compter de la date de première publication[76]. De même, dans de nombreux pays, la durée de protection pour les oeuvres posthumes, collectives et cinématographiques commence à courir à compter de la date de première publication[77]. Déterminer avec exactitude à quel moment des actes équivalant à une publication ont été réalisés n'étant pas

75. *Id.*, § 302(c).
76. Voir à ce sujet Berne, art. 7,3 (cinquante ans à compter de la date où l'oeuvre a été licitement rendue accessible au public); France, loi du 11 mars 1907, art. 22 (cinquante ans; soixante-dix ans pour les oeuvres musicales); Italie, loi du 22 avril 1941, art. 27 (cinquante ans); Espagne,loi du 11 novembre 1987, art. 173 (soixante ans).
77. Voir à ce sujet Berne, art. 7,2 (oeuvres cinématographiques: cinquante ans à compter de la date de publication); France, cf. *ci-avant*, art. 22 (oeuvres collectives: cinquante ans), 23 (oeuvres posthumes: cinquante ans, oeuvres posthumes musicales: soixante-dix ans); Italie: *cf. ci-avant*, art. 26,2 (oeuvres collectives: cinquante ans), 31 (oeuvres posthumes: cinquante ans, si la publication a lieu dans les vingt ans suivant le décès de l'auteur; la loi précise que la durée de cinquante ans débutera à compter de la «première publication quel qu'en soit le lieu»); voir également art. 32 (oeuvres cinématographiques: cinquante ans à compter de la première représentation): Espagne, cf. *ci-avant*, art. 27,1 (oeuvres posthumes; soixante ans à compter de la date de première publication, si celle-ci a lieu dans les soixante ans suivant le décès de l'auteur). 26,2 (oeuvres collectives: soixante ans).

toujours chose aisée[78], il paraît peu souhaitable de multiplier les lieux où ont été réalisées les publications relatives au droit d'auteur[79].

2. *Problèmes de droit transitoire*

La législation permettant aux États-Unis d'adhérer à la Convention de Berne prévoit que les amendements de 1988 apportés à la loi américaine prendront effet lorsque la ratification de la Convention de Berne entrera en vigueur (mars 1989). Les amendements ne s'appliquent pas aux revendications faites avant cette date[80]. Cependant, quelques questions se sont posées, relatives à l'application des amendements. L'une d'elles concerne la condition de mention de réserve antérieure à mars 1989. Une autre traite de la condition d'enregistrement antérieure à mars 1989.

78. Voir à ce sujet *Burke c. N.B.Q.*, 596 F.2d 588 (1er Circ, 1979) et les décisions qui y sont citées (la cour dans l'affaire *Burke* a tenté de déterminer si la publication avait bien eu lieu, aux États-Unis ou en R.F.A., à partir de la diffusion à la télévision allemande du film d'un auteur américain).
79. On doit cependant être conscient du fait que même en choisissant une date uniforme pour le calcul de la durée d'un droit d'auteur, tant que chaque pays dictera sa propre période légale, les durées du droit d'auteur ne seront elles-mêmes pas uniformes, car la règle du traitement national implique que chaque pays impose sa propre durée. (Notons cependant que l'art. 7,8 de la Convention de Berne met en lumière une exception à la règle du traitement national; si le terme du droit d'auteur dans le pays d'origine est plus court que celui du pays dans lequel il s'applique, c'est le terme le plus court qui prévaut). Supposons par exemple qu'une oeuvre collective telle qu'un dictionnaire fait l'objet d'une première publication aux États-Unis en 1990, puis en France en 1995, en Espagne en 2000 et en Italie en 2005. Si l'on devait faire le calcul de la durée de protection dans chaque pays, l'oeuvre serait protégée aux États-Unis jusqu'en 2055, en France jusqu'en 2045, en Espagne jusqu'en 2060 et en Italie jusqu'en 2055. Si les États-Unis sont assimilés au lieu de première publication, les termes seraient 2065 aux États-Unis, 2040 en France, 2050 en Espagne et 2040 en Italie. On ne peut donc objecter au calcul de la durée basée sur de multiples lieux de «première» publication qu'il en résulte une disparité de la durée de protection, mais plutôt que naissent des difficultés liées à la preuve de la publication dans chacun des territoires. Ces points de références multiples compliquent inutilement la gestion internationale des oeuvres protégées.
Enfin, certaines questions se posent concernant la définition de «publication» que propose la loi de 1976. Ainsi que la plupart des lois sur la protection du droit d'auteur, la loi américaine définit la publication comme la mise à disposition d'exemplaires d'une oeuvre au public. Cependant, à la différence de nombreuses autres, la loi de 1976 définit également comme étant une publication «l'offre de distribuer des exemplaires ou des phonogrammes à un groupe de personnes aux fins de distribution ultérieure, de représentation ou exécution publique ou de présentation publique» 17 U.S.C. § 101. Cette définition s'applique-t-elle aux actes se déroulant entièrement en dehors du territoire américain? Exemple: une oeuvre audiovisuelle japonaise proposée pour une représentation publique en salle au Japon avant mars 1989 serait-elle ensuite «publiée» et donc soumise à la règle américaine de mention de réserve? Notons que la loi de 1976 n'impose pas que l'offre ait été acceptée.
80. Voir le «Berne Implementation Act» de 1988, art. 13, §§ 101, 102, Stat. 2853, 2851 (1983).

a) Mention de réserve en cas d'oeuvres publiées avant mars 1989 et contrefaites après mars 1989

Si les amendements s'appliquent aux revendications émises après le 1er mars 1989, les omissions antérieures à mars 1989 de se conformer à la condition de mention de réserve en vigueur à l'époque sont-elles sans effet juridique lorsque les actes allégués de contrefaçon sont survenus après mars 1989? Cette interprétation semble peu probable. Si le seul acte pertinent était la seule contrefaçon alléguée, la date de publication de l'oeuvre n'aurait guère d'importance, ni même de savoir si la mention de réserve accompagnait effectivement la publication. Cela pourrait vouloir dire que le droit d'auteur relatif à une oeuvre qui était tombée dans le domaine public avant mars 1989 par omission d'apposer ou de corriger la mention de réserve revivrait de fait par une revendication alléguant une copie illicite postérieure à mars 1989. Or, en vertu de la loi américaine, une oeuvre tombée dans le domaine public doit y rester[81].

Qu'en est-il pour une oeuvre publiée sans mention de réserve au cours des cinq années précédant mars 1989? Aux termes de la loi de 1976 non amendée, une telle oeuvre n'est pas encore dans le domaine public mais à défaut d'en corriger l'omission dans les cinq années suivant la publication, le droit d'auteur sera déchu. L'abolition de la mention de réserve obligatoire dispense-t-elle des détenteurs de droits d'auteur de l'obligation de corriger l'omission d'une mention de réserve? Dans ce cas précis, le « Berne Implementation Act » propose des directives spécifiques. Il prévoit que les mesures correctives s'appliquent « en ce qui concerne les exemplaires et phonogrammes distribués au public sous la responsabilité du détenteur du droit d'auteur avant la date effective du « Berne Convention Implementation Act » » (mars 1989)[82]. Ainsi, les oeuvres publiées avant mars 1989 doivent être revêtues de la mention de réserve ou faire l'objet d'une régularisation de l'omission dans les cinq années[83].

81. Voir *id.*, art. 13, 103, Stat. 2050, 2860 (1988) (les amendements apportés « ne fournissent aucune protection aux oeuvres qui sont du domaine public aux États-Unis ». Voir aussi *United Christian Scientists c. Christian Science Board of Directors*, 529 F.2d 1152 (D.C. Circ. 1987.
82. *Id.*, art. 7(e), § 400, 102 Stat. 2846, 2857-58 (1988).
83. Même sans cette précision, il semble clair que la date d'application effective des dispositions correctives de mention de réserve serait celle de la première publication. L'oeuvre ayant dû porter la mention de réserve à cette date, les conditions correctives de l'omission devraient continuer de s'appliquer. Sans cela, le maintien du droit d'auteur pour les oeuvres d'une même catégorie ne dépendrait pas des actes du propriétaire de ce droit, mais de ceux du contrevenant ; l'apparition d'une contrefaçon invoquée ayant lieu après mars 1989, mais avant la clôture des cinq ans à compter de la date de publication sans mention de réserve, pourrait

b) Oeuvres non américaines de l'Union publiées (avec mention de réserve) mais non enregistrées avant mars 1989 et contrefaçon après 1989

Si la contrefaçon alléguée sur une oeuvre non américaine de l'Union suit la date effective des amendements de Berne, mais si l'oeuvre a été publiée avant mars 1989, cette oeuvre doit-elle être enregistrée auprès du « Copyright Office » avant toute action en justice? Cette question met en lumière une période ambiguë de transition entre la loi de 1976 et les amendements de 1988. Si la date correcte en matière de mention de réserve est celle de la première publication, cela devrait-il être le cas également pour l'enregistrement préalable à toute action en justice, ou cela devrait-il être la date de la contrefaçon? En ce qui concerne les oeuvres qui n'ont pas été enregistrées avant mars 1989, à la différence des oeuvres contemporaines sans mention de réserve, le « Berne Implementation Act » n'est pas explicite sur la préservation de l'application de la loi de 1976. En outre, les différences entre l'objet et les effets de la mention de réserve et des formalités d'enregistrement tendent vers une interprétation littérale du « Berne Implementation Act », qui désigne la date de contrefaçon. Alors que la loi de 1976 exigeait l'apposition de la mention de réserve afin d'empêcher les oeuvres de tomber dans le domaine public[84], l'enregistrement préalable à toute action en justice n'a fait jouer ni préservé le droit d'auteur. Ainsi, lorsque l'application des amendements de 1988 aux oeuvres antérieures publiées sans mention de réserve pouvait ne pas être conforme au principe constitutionnel de protection pour « limited times »[85] en ressuscitant une oeuvre tombée dans le domaine public, aucune résurrection d'un droit d'auteur expiré n'interviendrait si les amendements de 1988 s'appliquaient à une oeuvre antérieure non enregistrée.

De plus, à la différence de la mention de réserve, l'enregistrement préalable à toute action en justice aux termes de la loi de 1976 n'était pas un instrument destiné essentiellement à l'information d'éventuels défendeurs quant au statut de droit d'auteur attaché à une oeuvre. L'enregistrement à la veille d'intenter l'action en

relancer un droit d'auteur menacé d'expiration. Par opposition, le propriétaire d'un droit d'auteur qui n'aurait pas la « chance » de voir son oeuvre faire l'objet d'une contrefaçon au cours de cette période de cinq ans perdrait le bénéfice de la protection. Il est donc plus rentable de faire en sorte que les oeuvres publiées avant mars 1989 se conforment aux termes de la mention de réserve de la loi de 1976.
84. Voir *ci-avant*, note 40 et texte.
85. Voir Constit. américaine, art. 7 § 8, cl. 8.

contrefaçon suffit[86]. Certains tribunaux ont même enregistré des poursuites pour lesquelles l'enregistrement avait été effectué après le déclenchement de celles-ci[87] : l'exécution de la formalité ainsi retardée dément une fonction de préavis significative. L'enregistrement préalable à toute action en justice peut plutôt être considéré comme un moyen efficace d'obliger au dépôt auprès de la « Library of Congress » et de conserver les inscriptions complètes, sinon intégralement mises à jour.

II. QUELQUES ASPECTS DE LA LOI AMÉRICAINE AUXQUELS AUCUN CHANGEMENT N'A ÉTÉ APPORTÉ MALGRÉ L'ADHÉSION À LA CONVENTION DE BERNE

Certains aspects de la loi américaine de 1976 sur le droit d'auteur sont restés inchangés malgré le « Berne Implementation Act » de 1988. Le plus évident est sans doute le fait que les amendements de 1988 ne comportent aucune disposition reconnaissant explicitement les « droits moraux » de l'auteur à revendiquer la paternité de ses oeuvres et à empêcher la déformation ou la mutilation de ses oeuvres. De plus, la législation d'adaptation étend la définition des oeuvres protégées « de dessin, de peinture et de sculpture » aux plans et maquettes d'oeuvres d'architecture, mais ne fait aucune mention de la structure finie en trois dimensions. Ces omissions peuvent apparaître incompatibles avec les conditions prévues par la Convention de Berne, où l'article 6 *bis* prévoit la protection des droits moraux et l'article 2 fait mention, parmi les oeuvres « qui jouissent de la protection dans tous les pays de l'Union », « des oeuvres [...] d'architecture » et « des oeuvres en trois dimensions relatives à l'architecture »[88]. Ces deux questions méritent une analyse plus approfondie.

86. Voir à ce sujet 49 Fed. Reg. 39741-42 (10 oct. 1984); 50 Fed. Reg. 46206-08 (6 nov. 1985) (le Copyright Office acceptera des demandes de « Special Handling » « en cas de litiges en cours ou potentiels »). 49 Fed. Reg. 39741-42 (10 oct. 1984) (*Ibid.*). Les tribunaux acceptent en général les enregistrements effectués la veille d'une action en justice, voir à ce sujet *Twentieth Century Film Corp.* c. *Dunnoo*, 637 F.2d 1338 (9e Circ. 1983); *Wales Indus.* c. *Hasbro-Bradley Inc.*, 612 F. Supp. 510 (S.D.N.Y. 1985); *Co-opportunities Inc.* c. *NBC*, 510 F. Supp. 43 (N.D. Cal. 1981).
87. Voir à ce sujet *Hulex Music* c. *Santy*, 698 F. Supp. 1024 (D.N.H. 1988); Financial Information Inc. c. *Moody's Investors Service Inc.*, 599 F. Supp. 994 (S.D.N.Y. 1983).
88. Il subsiste cependant un autre problème concernant la compatibilité de la loi américaine avec la Convention de Berne. L'art. 18 de la Convention étend la protection à « toutes les oeuvres qui, au moment de l'entrée en vigueur [du traité] [et inclus « les cas de nouvelles accessions à l'Union »], ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de protection ». Les amendements de 1988 à la loi américaine sur la protection du droit d'auteur ne sont que prévisionnels. Ils n'accordent aucune protection aux oeuvres qui sont encore sous le régime de droit des pays de l'Union dont elles sont originaires mais qui, avant l'adhésion des États-Unis, ne disposaient d'aucune couverture dans ce pays ou dont les droits d'auteur avaient expiré après un premier délai trop court pour répondre aux conditions de Berne. Cet article n'étudie pas la question de la rétroactivité, largement débattue dans *Final Report*, note 31 ci-avant, p. 587-596. Voir également H.R. Rep., note 11 ci-avant, p. 51-52.

A. Oeuvres d'architecture

Dans ce domaine, les critères de la Convention de Berne et les doctrines relatives au droit d'auteur américain semblent en désaccord : le traité prévoit la protection des représentations d'oeuvres d'architecture (plans et maquettes) et des structures elles-mêmes. Alors que la loi américaine protège les représentations, la protection qu'elle assure aux structures reste indiscutablement limitée. La loi de 1976 sur le droit d'auteur nie toute protection de l'aspect utilitaire des objets décoratifs :

> Les oeuvres de peinture, des arts graphiques et de sculpture [...] comprennent le produit de l'artisanat d'art en ce qui concerne leur forme, mais non leur aspect mécanique ou utilitaire ; la forme d'un article d'utilité [...] ne sera considérée comme constituant une oeuvre de peinture, des arts graphiques ou de sculpture que si et uniquement dans la mesure où cette forme comporte des éléments figuratifs, graphiques ou sculpturaux qu'il est possible d'identifier en dehors des aspects utilitaires de cet article, et qui peuvent exister indépendamment de ceux-ci.[89]

Cette règle de « séparabilité » peut écarter la plupart des structures, et notamment celles échappant aux décorations extravagantes et abondantes (pour exemple de caractères architecturaux protégeables et séparables, les rapports législatifs citent « une gargouille ornant une construction »[90]). Bauhaus éprouverait indubitablement quelque difficulté à passer ce test avec succès. En outre, les restrictions portant sur le type de structure qu'il est possible de protéger reportent à l'étendue de la protection des plans d'architecture. De nombreux tribunaux ont retenu que la copie de plans constitue une contrefaçon en droit d'auteur, mais que la construction de la structure émanant des plans *n'en constitue pas* une[91]. Le fondement de cette distinction semble découler du fait que,

89. 17 U.S.C. § 101.
90. H.R. Rep. no 609, note 16 ci-avant, p. 51 ; S. Rep. no 352, note 16 ci-avant, p. 9.
91. Voir à ce sujet *Demetriades* c. *Kaufman*, 680 F. Supp. 658 (S.D.N.Y. 1988). Mais voir *Robert R. Jones Assoc. Inc.* c. *Nino Homes*, 858 F.2d, 274, 294 (6e Circ. 1988) (« On peut construire une maison identique à une autre maison décrite dans des plans d'architecture protégés, mais on ne peut directement en copier les plans et utiliser la contrefaçon ainsi réalisée pour construire la maison »).

alors que les plans sont protégés comme oeuvres bidimentionnelles, le bâtiment qui en résulte n'est pas protégé (à moins qu'il réponde au test de séparabilité). La construction du bâtiment est donc considérée comme tout procédé non protégé, comme par exemple la réparation d'un véhicule : le droit d'auteur protège contre la copie illicite d'un livre expliquant comment réparer un véhicule, mais ne garantit aucun droit exclusif dans l'exercice des réparations[92].

Si, en vertu de la loi américaine actuelle, la construction de la structure tridimentionnelle à partir de plans bidimentionnels ne constitue pas une contrefaçon en droit d'auteur, qu'en est-il des représentations bidimentionnelles telles que des photographies de structures achevées faisant l'objet d'une distribution commerciale? Si la règle de séparabilité élimine la construction de la protection du droit d'auteur, on peut soutenir qu'il est possible de photographier le bâtiment aussi librement que l'on photographierait une fleur, un arbre ou tout objet rencontré dans la nature. Toutefois, ce résultat semble excéder le cadre de la règle de séparabilité. La règle a été créée afin d'empêcher le droit d'auteur de devenir une sorte de brevet détourné: les ayants droit ne peuvent monopoliser les caractères utiles. Si l'utile ne peut être dissocié du décoratif, c'est le domaine public qui prévaut. Il peut donc être logique de limiter la protection afin que le droit d'auteur n'empêche pas un nouveau venu d'assurer la construction d'un bâtiment de même fonction. La restriction du droit d'auteur pour permettre l'exploitation commerciale non autorisée d'images de la structure ne saurait promouvoir le marché de l'immobilier, mais ôte simplement au contrôle de l'architecte un domaine important de l'exploitation des oeuvres purement décoratives[93].

La règle de séparabilité implique-t-elle une incompatibilité de la loi américaine sur le droit d'auteur avec la Convention de Berne? Si on l'interprète dans le sens où elle exige que la caractéristique matérielle revendiquée soit physiquement séparable des aspects utiles de la structure, la règle éliminerait probablement tout sauf les structures les plus baroques et les plus étranges[94], et pourrait donc

92. Voir 17 U.S.C. § 102(a) (le droit d'auteur ne protège ni les méthodes ni les procédés).
93. Comparer la décision de la Cour d'appel de Paris du 19 juin 1978, *débattue* dans FREMOND, «Les droits sur l'image d'un immeuble», (1988) 9 *Cahiers du droit d'auteur*, 12, 13 (la reproduction individualisée d'une maison, au moyen de photographie, porte atteinte aux droits exclusifs de l'architecte ; si la maison avait été prise dans un cadre d'ensemble, la photographie n'aurait en rien constitué une contrefaçon).
94. Pour exemple de ce dernier type de cas, le Copyright Office a récemment enregistré comme étant une oeuvre de sculpture, un stand de glaces en forme de cornet glacé spiralé. Entretien avec William F. Patry, Esq., Policy Planning Advisor to the Register of Copyrights (9 février 1989).

bien de ce fait entrer en conflit avec les termes du traité. On peut cependant déceler une notion plus large de séparabilité. Les rapports législatifs relatifs à la loi de 1976 suggèrent que si la conception artistique d'un objet utilitaire est «conceptuellement» séparable de son but utilitaire, l'oeuvre peut faire l'objet d'une protection[95]. Ce qu'il convient d'entendre par «séparabilité conceptuelle» a jusqu'à ce jour posé un problème aux tribunaux[96] mais il se peut que cette notion puisse englober une large variété de structures. Supposons que les tribunaux aient élaboré une règle selon laquelle une conception caractéristique est conceptuellement séparable si son apparence ne découle pas nécessairement du seul but utilitaire de la construction. Dans ce cas, les éléments utiles de la conception pourraient eux-mêmes être protégés dans la mesure où l'agencement des éléments a été reconnu original.

Les conduits peints qui jalonnent la façade du Centre Pompidou à Paris, par exemple, témoignent certainement d'un but utilitaire. Mais aucune règle de construction n'impose qu'elles aient été disposées à l'extérieur du bâtiment. Là où le Centre Pompidou pourrait bien échouer au test de séparabilité physique (il est impossible d'ôter les conduits et de garder un bâtiment fonctionnel), il pourrait être acceptable dans le cadre de la règle proposée ci-avant relative à la séparabilité conceptuelle[97].

Enfin il peut paraître encore prématuré de dire si la loi américaine sur le droit d'auteur se conforme effectivement aux critères édictés par la Convention de Berne en matière d'oeuvres d'architecture. Les tribunaux continuent d'invoquer la règle de séparabilité et pourraient bien établir un test compatible avec les normes du traité. De plus,

95. Voir H.R. Rep. no 94-1476, 94e Congrès, 2e Session, p. 55 (1976).
96. Comparer *Kieselstein-Cord*. c. *Accessories by Pearl*, 632 F.2d 989 (2e Circ. 1980). (Deux juges sur trois de la Cour d'appel considèrent une boucle de ceinture conceptuellement séparable au motif qu'elle peut être utilisée à des fins purement décoratives ; ces boucles n'étaient pas seulement utilisées pour tenir des pantalons — but utilitaire — mais en tant que broches décoratives) avec *Carol Barnhart Inc.* c. *Economy Cover Corp.*, 773 F.2d 411 (2e Circ. 1985). (Deux juges sur trois de la Cour d'appel considèrent que des formes moulantes de chemises n'étaient conceptuellement pas séparables), et avec *Brandir Intl.* c. *Pacific Cascade Lumber Co.*, 834 F.2d 1142 (2e Circ. 1987). (Deux juges sur trois de la Cour d'appel considèrent qu'un porte-bagages métallique de bicyclette n'était conceptuellement pas séparable au motif que la forme du porte-bagages était influencée par la volonté de l'artiste d'adapter cette forme aux bicyclettes).
97. Un article récent approfondissant la doctrine actuelle des États-Unis en matière de droit d'auteur concernant les oeuvres d'architecture, SHIPLEY, «Copyright Protection for Architectural Works», (1986) 37 *S. Car. L. Rev.* 393, propose un autre exemple détaillé de modèles d'architecture «conceptuellement séparables» aux p. 430-31.

le « Copyright Office » étudie actuellement la question et pourrait publier des recommandations destinées au Congrès pour une nouvelle révision et correction de la *Loi sur le droit d'auteur* afin d'assurer une meilleure protection aux oeuvres[98]. Enfin, on devrait garder à l'esprit que d'autres doctrines juridiques peuvent compléter les solutions ouvertes à l'architecte. Un tribunal a très récemment retenu que la construction non autorisée d'une maison réalisée sur copie de la maison du plaignant avait enfreint la loi d'État fédéré sur la concurrence déloyale. Dans cette affaire, le défendeur s'était introduit dans la maison du plaignant pendant sa construction, l'avait photographiée, en avait pris les mesures intérieures et avait reconstitué les plans de la construction ; le défendeur avait alors fait bâtir une maison « copie conforme » en vis-à-vis[99].

B. Droits moraux

Ainsi que nous l'avons mentionné ci-avant, la loi d'application de la Convention de Berne ne reconnaît pas explicitement le droit moral. Cette loi suppose plutôt que la protection américaine actuelle des droits d'attribution et d'intégrité se conforme aux critères adoptés par Berne. Cependant, le Congrès a laissé le champ libre pour l'extension de la loi fédérale et de la loi des États fédérés en ce qui concerne la protection actuelle des droits moraux. Si on peut critiquer — notamment à l'étranger — l'abstention du Congrès en ce qui concerne l'adoption de dispositions régissant le droit moral, il est important de reconnaître que le peu d'efforts entrepris par le Congrès a fait beaucoup plus pour le droit moral que ce qu'il aurait pu faire et a été sur le point de faire à un moment donné. Il est particulièrement édifiant d'étudier le déroulement des événements qui ont conduit à l'ultime position du Congrès sur le droit moral, puis de déterminer dans quelle mesure la loi américaine est en fait compatible avec l'esprit de la Convention de Berne.

98. Le Congrès, peut-être indécis quant à sa conformité avec les critères fixés par Berne pour les oeuvres d'architecture, a demandé au Copyright Office de présenter une étude sur la protection de ce type d'oeuvre. Voir S. Rep. note 11 ci-avant, p. 9.

99. *Demetriades c. Kaufman*, 660 F. Supp. 289 (S.D.N.Y. 1988). Au cours de l'une des toutes premières phases de cette affaire — voir note 56 ci-avant — le tribunal a considéré que le défendeur avait également réalisé des exemplaires illicites des plans du bâtiment, et que la copie des plans avait constitué un délit de contrefaçon. D'autre part, ni la « reconstitution technique inverse » des plans par inspection de la maison ni la construction elle-même du bâtiment ne constituaient de violation du droit d'auteur.

1. Histoire législative

Le groupe de travail ad hoc a étudié dans le détail la compatibilité de la loi américaine avec l'article 6 *bis* de la Convention de Berne, qui confère aux auteurs

> indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, [...] le droit de revendiquer la paternité de l'oeuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette oeuvre ou à toute autre atteinte à la même oeuvre, préjudiciable à son honneur ou à sa réputation.

Ces mêmes dispositions prévoient le maintien de ces droits pour une période minimale après la mort de l'auteur mais les moyens de recours pour les sauvegarder sont réglementés par « la législation du pays où la protection est réclamée ». La conclusion du rapport final du groupe de travail ad hoc est la suivante :

> Étant donné la protection substantielle équivalente au droit moral qu'assurent les lois fédérales et fédérées et la « common law » aux États-Unis, le manque d'uniformité dans le domaine de la protection dans les autres nations membres de l'Union, l'absence de dispositions régissant le droit moral dans certaines lois sur la protection du droit d'auteur et la réserve relative au contrôle sur les recours dont peut disposer chaque pays de l'Union, la protection du droit moral en vigueur aux États-Unis est compatible avec la Convention de Berne.[100]

La conclusion du groupe de travail, formulée dans des termes similaires dans le cadre de son rapport préliminaire, avait suscité des commentaires désapprobateurs, dubitatifs et approbateurs[101]. Il apparaissait clairement que la question des droits moraux susciterait des difficultés particulières pour l'obtention et le maintien d'un soutien suffisant au projet de loi. Le règlement du problème soulevé par les droits moraux serait décisif pour l'adoption du projet de loi.

100. *Final Report*, note 50 ci-avant, p. 547. Le Professeur Ralph S. Brown a exprimé de façon très originale le scepticisme de certains partisans des droits moraux dans le cadre du Rapport Final, en déclarant que la conclusion de ce rapport « revenait à couvrir, sinon à jeter un voile pudique sur notre nudité en matière de droits moraux ». BROWN, « Adherence to the Berne Copyright Convention : The Moral Rights Issue », (1988) 35 *J. Copyr. Soc'y* 196, 204.

101. Voir à ce sujet DAMICH, *Moral Rights in the United States and Article 6 bis of the Berne Convention. A Comment on the Preliminary Report of the Ad Hoc Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention* ; GELLER, *Comments on Possible U.S. Compliance with Article 6 bis of the Berne Convention ; Comments of John M. Kernochan*, réimprimé en appendice B du *Final Report*, note 31 ci-avant, p. 655-63, 655-81, 686-89.

Le Congrès a examiné un certain nombre de projets de loi élaborés, visant à la reformulation de la loi américaine afin d'adapter quelques-uns ou tous les points de cette loi, dont le changement avait été jugé nécessaire pour permettre l'adhésion à la Convention de Berne[102]. Seul l'un deux, le projet de loi Kastenmeier H.R. 1623, faisait état d'une disposition relative aux droits moraux. L'article 7 de ce projet de loi proposait l'intégration à la loi américaine d'un nouvel article 106(a), dont les termes étaient :

> 106(a). Droit moral de l'auteur :
>
> Indépendamment du droit d'auteur relatif à une oeuvre autre qu'une oeuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service, même après le transfert du droit patrimonial d'auteur, l'auteur de l'oeuvre ou le successeur de l'auteur aura le droit, au cours de la vie de l'auteur et pendant encore cinquante ans après sa mort, 1) de revendiquer la paternité de l'oeuvre et 2) de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette oeuvre préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Les droits garantis par cet article seront désignés à ce titre sous le terme de droits moraux.[103]

Cette disposition fut « un pavé dans la mare » qui déclencha de vives réactions. Elle ne satisfaisait ni les partisans ni les détracteurs du droit moral. Elle ne reprenait pas précisément les termes de l'article 6 *bis* quant au droit à l'intégrité[104]. Elle n'englobait pas les oeuvres créées dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services. En outre, par l'intermédiaire de son nouveau paragraphe 119(a), l'article 9 du projet de loi permettait la libre renonciation

102. Voir note 28 ci-avant.
103. H.R. 1623, 100e Congrès, 1re Session (16 mars 1987), BNA Patent, Trademark & Copyright Journal 550 (26 mars 1987).
104. L'article 6 *bis* de la Convention de Berne stipule :
1) Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'oeuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette oeuvre ou à toute autre atteinte à la même oeuvre, préjudiciable à son honneur ou à sa réputation.
2) Les droits reconnus à l'auteur en vertu de l'alinéa 1) ci-dessus sont, après sa mort, maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux et exercés par les personnes ou institutions auxquelles la législation nationale du pays où la protection est réclamée donne qualité. Toutefois, les pays dont la législation, en vigueur au moment de la ratification du présent acte ou de l'adhésion à celui-ci, ne contient pas de dispositions assurant la protection après la mort de l'auteur de tous les droits reconnus en vertu de l'alinéa 1) ci-dessus ont la faculté de prévoir que certains de ces droits ne sont pas maintenus après la mort de l'auteur.
3) Les moyens de recours pour sauvegarder les droits reconnus dans le présent article sont réglés par la législation du pays où la protection est réclamée.

au droit moral et son libre transfert. L'article 119(b) mentionnait également qu'en l'absence de toute clause contractuelle contraire ou toute notification contraire au moment de l'accord donné pour l'utilisation d'une oeuvre,

> [...] la publication, l'arrangement ou l'adaptation d'une oeuvre nécessaires à sa publication ou son utilisation sous une forme imprimée ou lisible par des procédés optiques, en télédiffusion, en mise à l'écran ou sur phonogramme, conformément aux critères habituels et aux conditions raisonnables de préparation d'une oeuvre en vue de sa distribution, ne constituera pas une atteinte au droit moral de l'auteur.

Les partisans du droit moral considérèrent que ces dispositions créèrent plutôt des droits illusoires que des droits moraux réels. Les détracteurs furent consternés par toute référence au droit moral et estimèrent les dispositions du projet de la loi Kastenmeier trop vagues pour constituer une ligne directrice, et les considérèrent comme une source de litige malgré la nature très affaiblie des droits effectivement reconnus.

Au cours des dernières étapes des travaux législatifs, les dispositions relatives au droit moral ont été supprimées du projet de loi Kastenmeier, apparemment en faveur de la position adoptée par le groupe de travail ad hoc selon lequel la loi américaine sur le droit d'auteur et d'autres doctrines légales, telles qu'elles existent et telles qu'elles évoluent, disposent d'un équivalent pratique suffisant aux droits moraux prévus par l'article 6 *bis* de la Convention de Berne. Notons à ce propos que le Dr Bogsch, directeur général de l'OMPI, a approuvé cette position[105].

La lutte attachée aux droits moraux a alors évolué vers une phase encore plus inquiétante. Elle s'est traduite par un effort des détracteurs, non seulement pour empêcher l'adoption de véritables droits moraux, mais aussi pour figer les « équivalents » de la loi américaine (considérés comme « adaptés » par le groupe de travail

105. Voir la lettre du 16 juin 1987 du Dr Bogsch à Irwin Karp, esq., dont des extraits significatifs ont été réimprimés dans H.R. note 11 ci-avant, p. 27. Ses propos sont les suivants : « À mon sens, les États-Unis n'ont aucun besoin de mettre en application des dispositions légales relatives aux droits moraux en vue de se conformer à l'article 6 bis de la Convention de Berne. Les conditions édictées par cet article peuvent être remplies non seulement par les dispositions légales d'une loi sur le droit d'auteur mais aussi par la common law et d'autres lois. Je pense qu'aux États-Unis, la common law et ces autres lois (art. 43(a) de la loi Lanham) comportent la matière juridique nécessaire pour permettre aux États-Unis de répondre à toute obligation imposée par l'article 6 bis ».

ad hoc) à compter de la date effective d'entrée en vigueur, interdisant donc la possible évolution du droit moral en vertu des théories relatives au droit d'auteur ou aux autres normes légales. Une proposition faite par le sénateur Hatch aurait, semble-t-il, introduit les termes suivants en plusieurs endroits de la législation relative à la Convention de Berne :

> b) Aucun auteur, ni aucun successeur d'un auteur indépendamment des droits patrimoniaux de l'auteur, ne pourra prétendre au droit moral (c'est-à-dire à la paternité ou l'intégrité de l'oeuvre, N-d-E) en vertu des lois fédérales ou fédérées ou de la common law.
>
> c) Tout droit d'un auteur ou du successeur d'un auteur, que ce soit dans le cadre d'une disposition des lois fédérales, fédérées ou de la common law qui, indépendamment des droits patrimoniaux de l'auteur, est équivalent à l'un ou à tous les droits moraux ou à toute partie de ces droits, ne sera ni étendu ni élargi après l'entrée en vigueur de la présente loi, que ce soit par loi fédérale ou fédérée ou par construction jurisprudentielle.[106]

Cependant, les partisans en faveur de l'adhésion à la Convention de Berne sont finalement parvenus à repousser cette attaque et à maintenir la législation[107], qui laisse inchangée la loi américaine sur

106. § [...]. S. 1971, 100e Congrès, 1re Session (1987).
107. SEC. 3 ÉLABORATION DE LA CONVENTION DE BERNE.
... (b) CERTAINS DROITS NE SONT PAS AFFECTÉS. Les dispositions de la Convention de Berne, l'adhésion des États-Unis à ladite Convention et le respect par les États-Unis des obligations y afférent, n'étendent ni ne réduisent le droit de l'auteur d'une oeuvre, en vertu de la loi fédérale, des lois fédérées ou de la common law,
1) de revendiquer la paternité de l'oeuvre, ou
2) de s'opposer à toute déformation, mutilation ou toute modification de l'oeuvre — ou toute action dérogatoire s'y rapportant, qui serait préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur.
SEC. 4 SUJET ET ÉTENDUE DES DROITS D'AUTEUR.
(a) SUJET ET ÉTENDUE, Le chapitre 1 est amendé...
3) au paragraphe 104 par l'ajout des termes suivants :
... «(c) EFFET DE LA CONVENTION DE BERNE... Aucun droit ni aucun intérêt concernant une oeuvre pouvant prétendre à une protection ne peut être revendiqué sous ce titre en vertu des dispositions de la Convention de Berne ou de l'adhésion des États-Unis à ladite Convention. Tout droit concernant une oeuvre pouvant prétendre à une protection sous ce titre et qui dérive de ce titre, de la loi fédérale ou des lois des États fédérés, ou de la common law, ne pourra être étendu ou réduit en vertu des dispositions de la Convention de Berne ou de l'adhésion des États-Unis à ladite Convention»...
SEC. 6 PRIORITÉ SUR D'AUTRES LOIS NON AFFECTÉE.
Le paragraphe 301 est amendé par ajout des termes suivants :
«(e) l'étendue de la priorité fédérale sous ce paragraphe n'est pas affectée par l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne ou le respect par les États-Unis des prescriptions de ladite Convention».

les «équivalents» des droits moraux et en permet l'évolution, bien que les tribunaux américains se soient vu interdire toute référence à la Convention de Berne pour soutenir cette évolution. Ceux qui soutiennent la future évolution du droit moral aux États-Unis peuvent être finalement satisfaits de savoir qu'une telle évolution peut encore se produire et qu'un désastre majeur — l'annulation de ces droits et le blocage de leurs équivalents au présent et au futur — a avorté.

2. *Compatibilité des droits moraux américains avec les critères de Berne*

a) Droit à l'intégrité

Bien que la loi américaine sur le droit d'auteur ne reconnaisse pas les droits moraux individuels spécifiques d'un auteur, la loi de 1976 sur la protection du droit d'auteur a inclus certaines caractéristiques des droits moraux sous l'égide des droits patrimoniaux. Par exemple, alors que la loi ne garantit aucun droit à l'intégrité *per se*, elle fournit un fondement à une opposition à une modification d'oeuvres. La modification crée une «oeuvre dérivée», dont la création fait partie des droits exclusifs énumérés à l'article 106[108]. Certes, le droit de créer des oeuvres dérivées est réputé un droit patrimonial faisant partie intégrante de l'ensemble des droits d'exploitation contenus dans les «droits d'auteur». Cependant, il peut incontestablement être utilisé afin de protéger les intérêts moraux (ou de même que) patrimoniaux. Il existe pourtant une limitation notable : un auteur qui a autorisé la création d'une oeuvre dérivée ne peut plus s'opposer aux modifications apportées par le cessionnaire, excepté si un contrat limite la nature des modifications autorisées ou réserve le droit d'approuver ces modifications. En d'autres termes, en vertu de la loi américaine en matière de droit d'auteur, le droit se rapportant aux oeuvres dérivées est, pour autant qu'il comprenne un droit à l'intégrité de l'oeuvre, transférable et cessible[109]. En outre, à l'instar des autres droits faisant

108. L'article 106(2) de la loi américaine sur la protection du droit d'auteur, 17 U.S.C. § 106(2) garantit le droit exclusif d'autoriser des oeuvres dérivées. La Cour d'appel fédérale du second circuit a déclaré que les coupures illicites du diffuseur sur une oeuvre audiovisuelle violait le droit exclusif de l'art. 106(2). Voir *Gilliam c. American Broadcasting Cos.*, 538 F.2d 14 (2d Circ. 1976).
109. Voir à ce sujet les remarques du député de la House of Representatives Kastenmeier qui accompagnent son projet de loi amendant la loi américaine sur la protection du droit d'auteur afin de faciliter l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne, 33 BNA Patent, Trademark & Copyright Journal 555, 558 (26 mars 1987) (affirmant qu'en vertu des règles traditionnelles concernant la propriété, tous les droits de propriété intellectuelle doivent être cessibles). Mais voir à ce sujet 17 U.S.C. § 203(a)(5) (1976) (le droit dont dispose l'auteur

Si la règle s'appliquant aux oeuvres créées dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services compromet les intérêts de certains auteurs quant à l'intégrité de leurs oeuvres, la protection du droit moral assurée par la loi américaine est-elle insuffisante dans le cadre de la Convention de Berne? Si, dans la pratique, la règle semble ouvrir une large brèche dans la protection des droits moraux, ce résultat ne s'oppose pas nécessairement aux termes du traité, pour la raison que la Convention de Berne peut tolérer que chaque pays membre détermine le statut d'auteur[117]. En d'autres termes, la Convention prévoit que l'« auteur » pourra jouir de droits moraux mais n'impose pas clairement que ses membres ne qualifient d'« auteurs » que les personnes physiques qui ont effectivement créé l'oeuvre.

69 *Harv. L. Rev.* 1250; CHAFFEE, « Equitable Servitudes on Chattels », (1928) 41 *Harv. L. Rev.* 945.
En ce qui concerne les deux premiers éléments, il est peu probable que la plupart des contrats en litige répondent au niveau de spécificité requis. En ce qui concerne le troisième facteur, la loi fédérale sur la protection du droit d'auteur pourra l'emporter sur la revendication équitable effectuée en vertu des lois de l'État. La revendication équivaut à une charge pesant sur l'exercice des droits fédéraux en matière de droit d'auteur, et pourra être jugée comme interférant de façon intolérable avec les règles fédérales. Cf. *Vault Corp. c. Quaid*, 847 F.2d 255 (5e Circ.) interdisant l'application d'une loi fédérée qui empêchait la jouissance des droits reconnus par la loi fédérale aux propriétaires d'exemplaires de logiciels. D'autres objections à la persistance de la revendication en vertu d'une loi d'État fédéré apparaissent. Si certains États fédérés reconnaissent la servitude équitable et d'autres non, le cessionnaire pourra exercer son droit d'auteur dans certains États mais non dans d'autres. Lorsque l'exercice du droit d'auteur implique une télédiffusion ou des activités similaires traversant simultanément plusieurs frontières d'État, le respect des interdictions imposées par un État peut impliquer une limitation de diffusions licites dans tous ou la presque totalité des autres. En un tel cas, l'interdiction de l'un ou de la minorité devrait probablement céder. Voir à ce sujet *RCA Mfg. Co. c. Whiteman*, 114 F.2d 86, 89-90 (2e Circ. 1940). (L. Hand, J.). Dans cette affaire, la Cour a refusé de reconnaître la validité d'une servitude équitable provenant de la mention « Interdiction de diffusion » sur les enregistrements sonores. Tout en reconnaissant que la Cour suprême de Pennsylvanie, dans *Waring c. WDAS*, 37 Pa. 433, 194 Atl. 631 (1937), était parvenue à une décision opposée, et que la radiodiffusion des enregistrements en Pennsylvanie serait donc un acte délictueux dans cet État, la Cour a refusé de prononcer une injonction au seul bénéfice de la Pennsylvanie, alors que tous les territoires voisins ne retiendraient pas la servitude: « Même s'il était techniquement possible d'empêcher toute radiodiffusion par le biais qu'offre la Pennsylvanie à la station de transmission, cela bloquerait les prolongements au-delà de la Pennsylvanie. Nous devons donc choisir entre nier toute injonction quelle qu'elle soit — puisqu'en l'espèce l'acte est illicite uniquement en Pennsylvanie — et interdire au défendeur toute diffusion sur le territoire des États-Unis et au Canada afin d'empêcher un acte délictuel en seule Pennsylvanie ».

117. Voir *Final Report*, note 31 ci-avant, p. 615 et note 3 et les personnalités qui y sont citées. Mais voir GINSBURG, « Colors in Conflict: Moral Rights and the Foreign Exploitation of Colorized U.S. Motion Pictures », (1988) 36 *J. Copyr. Soc.* 81, 86-87 (qui suggèrent qu'au moins pour les oeuvres audiovisuelles, Berne accorde implicitement le statut d'auteur au véritable créateur, personne physique).

Certaines autres théories ne relevant pas du droit d'auteur peuvent mieux soutenir le respect de l'intégrité de l'oeuvre. Par exemple, la loi fédérale américaine sur la concurrence déloyale (et les lois fédérées analogues) peut être utilisée dans ce sens lorsque l'auteur se voit attribuer (même implicitement) des déformations apportées par un autre[118]. Ainsi, dans l'affaire *Gilliam c. ABC*[119] (l'affaire « *Monty Python* »), le télédiffuseur américain d'une émission de télévision britannique avait coupé vingt-quatre minutes — soit plus d'un quart de la durée — sur quatre-vingt-dix minutes d'une émission, cela sans la permission des auteurs. La Cour d'appel fédérale du 2e circuit déclara que cette coupure extensive modifiait si profondément le caractère de l'oeuvre, qu'il serait impropre — voire trompeur — d'attribuer l'oeuvre aux auteurs de *Monty Python*. Cet aspect de la décision ne repose pas sur la théorie relative à l'infraction en droit d'auteur. Les débats à la Cour invoquèrent la *Loi fédérale sur la concurrence déloyale* interdisant les fausses désignations d'un produit ou de l'origine d'un service[120]. Certains autres tribunaux reconnurent également que les coupures importantes réalisées dans un film pour une diffusion télévisée peuvent conduire à une appellation d'origine erronée[121]. Mais si les changements apportés à l'oeuvre sont clairement désignés comme étant le fait d'une autre personne que l'auteur, on peut prétendre qu'il n'y a là aucune duperie lors de la présentation de l'oeuvre au public. Si la source du faux commercial disparaît, en théorie, la plainte en concurrence déloyale — voire peut-être en diffamation — disparaît du même coup[122].

118. En effet, attribuer à un auteur les modifications radicales (ou particulières déplacées) apportées par un autre peut donner lieu à une plainte en diffamation. Voir à ce sujet *Clevenger c. Baker, Voorhis & Co.*, 8 N.Y. 2d 187, 168, N.E. 2d 643 (1960). De même, les plaintes fondées sur la protection de la vie privée et de la publicité peuvent être utiles contre certaines modifications et peuvent même représenter une voie d'avenir pour l'évolution future en relation avec l'attribution et l'intégrité au regard de leur étroit rapport (au même titre que celui des droits moraux) avec les droits de la personnalité. Voir *Final Report*, note 31 ci-avant, p. 555 et note 31 ainsi que les personnalités qui y sont citées.

119. 538 F.2d 14 (2e Circ. 1976).

120. Voir 15 U.S.C. § 1125(a), art. 43(a) du Lanham Federal Trademarks Act (référencé ci-après sous la dénomination § 43(a)).

121. Voir à ce propos *Jeager c. American International Pictures, Inc.* 330 F. Supp. 274 (S.D.N.Y. 1971). Cette décision note cependant que le concept d'appellation erronée peut être difficilement applicable lorsque l'oeuvre est le fruit du travail de plusieurs auteurs. Les oeuvres audiovisuelles illustrent souvent cette description.

122. Les limitations résultant d'une plainte pour représentation erronée naissent de la différence fondamentale qui existe entre l'objectif de cette plainte et celui de la revendication des droits moraux. Une action en représentation erronée cherche à empêcher la confusion du public face à une fausse publicité, une désignation erronée des sources et des actes trompeurs semblables. Si le public

Toutefois, l'utilité d'une plainte en représentation erronée ne doit pas être sous-estimée. Ainsi que l'a observé le tribunal chargé de l'affaire *Monty Python*, des tentatives souvent faites d'insérer une mention sur le film afin d'informer le public de modifications non autorisées ne seront d'aucun recours contre l'impression erronée donnée par la télédiffusion. C'est notamment le cas lorsque le téléspectateur ne dispose d'aucun moyen lui permettant de comparer l'oeuvre complète et la version télévisée[123]. En fait, une plainte en fausse désignation peut souvent constituer un moyen viable pour protéger le droit de l'auteur à l'intégrité pour les types d'oeuvres n'offrant pas en principe la possibilité de prévenir le public[124].

b) Droit d'attribution

Le droit d'attribution concernant une oeuvre qui n'a été ni modifiée ni mutilée semble bénéficier d'une protection plus étendue en vertu des doctrines américaines, malgré un accueil initial plutôt froid au sein de la common law[125]. Les mêmes dispositions des lois fédérales sur les marques de fabrique et la concurrence déloyale appliquées par la Cour chargée de l'affaire *Monty Python* ont

est averti de la nature des modifications apportées à l'oeuvre, le fournisseur s'est indiscutablement conformé aux conditions de la loi interdisant toute appellation erronée. À l'opposé, les droits moraux ont pour but de protéger les droits patrimoniaux d'un auteur en tant qu'individu, de toute atteinte, quelle que soit la nature de l'appellation. Pour un débat plus approfondi concernant la différence entre une revendication de la protection du consommateur et une revendication des droits moraux, voir note, « An Author's Artistic Reputation Under the Copyright Act of 1976 », (1979) 92 *Harv. L. Rev.* 1490, 1499, 1500.

123. Voir 538 F.2d, p. 25, note 13.

124. En raison de la différence en théorie, les revendications faites en vertu du § 43(a) ou des lois fédérales sur la concurrence déloyale sont sans grand effet contre des mutilations dans le cas — par exemple — d'une oeuvre possédée en propre. D'autre part, le recours des droits moraux contre des mutilations qui ne sont pas rendues publiques peut rester douteux en vertu de la loi française. Voir *Buffet* c. *Fersing*, Paris, Cour d'appel, 30 mai 1962, 1962 D. Jur. 579, note de Desbois ; FRAÇON & GINSBURG, « Author's Rights in France : The Moral Right of The Creator of a Commissioned Work to Compel the Commissioning Party to Complete the Work », (1985) 9 *Colum. — VLA J. Art & the Law* 381, 392-393 & note 44.
Le § 43(a) peut également constituer un substitut imparfait des droits moraux pour d'autres raisons. Un tribunal a indiqué que la « concurrence » entre les parties est une condition préalable à l'invocation du § 43(a). Voir *Halicki* c. *United Artists Communication, Inc.* 812 F.2d 1213 (9e Circ. 1987). En outre, il est impossible que la *Loi sur la concurrence déloyale* ne puisse s'appliquer à la destruction d'une oeuvre ni s'opposer à la renonciation des droits de la part du titulaire du droit d'auteur. Voir KRIGSMAN, « Section 43(a) of the Lanham Act as a Defender of Artists Moral Rights », (1983) 73 *Trademark Reptr.* 251. Voir de façon générale VERBIT, « Moral Rights and § 43(a) of the Lanham Act : Oasis or Illusion ? », (1988) 78 *Trademark Reptr.* 579.

125. Voir à ce sujet *Vargas* c. *Esquire*, 164 F.2d 522 (7e Circ. 1947).

également été invoquées dans le cadre de plaintes déposées par des auteurs et d'autres types de créateurs au motif que la paternité d'une oeuvre ou une attribution similaire a été accordée à tort à une tierce partie. Les plaignants ont prétendu que le fait d'attribuer leur oeuvre à d'autres constituait une désignation fausse ou une appellation d'origine fausse. Leurs plaintes ont abouti lorsque le défendeur avait copié l'oeuvre du plaignant et s'était attribué la qualité d'auteur[126] de cette oeuvre, ou lorsqu'un auteur avait supprimé les noms de ses coauteurs, présentant une oeuvre musicale sous son seul nom[127], ou encore lorsque l'éditeur d'un livre avait occulté la participation d'un groupe d'auteurs, donnant ainsi l'impression que l'oeuvre était presque entièrement le produit d'une tierce partie[128].

Le simple refus de mentionner un auteur, sans attribution erronée à une tierce partie et sans représentation erronée de la contribution d'un coauteur, constitue-t-il également une fausse description ? On pourrait arguer qu'une non-attribution implique inévitablement la fausseté. Un tel refus peut par exemple suggérer à tort que l'auteur a souhaité rester anonyme. Le 9e circuit a caractérisé la non-attribution d'« attribution inverse implicite ». La mauvaise attribution explicite ou mauvaise représentation est une « attribution inverse expresse ». Ces deux types d'attribution inverse « privent involontairement le créateur de la valeur publicitaire et commerciale de son nom et qui en d'autres circonstances naîtrait de la connaissance par le public de la véritable source du produit. L'acheteur (ou le spectateur) ultime est également privé de la connaissance de la véritable source du produit »...[129]. Dans le cadre de l'évolution de la loi, on peut espérer que les tribunaux énonceront plus clairement encore un droit positif non contractuel pour susciter l'attribution en l'absence de mauvaise attribution expresse[130].

En discutant les « équivalents » à la protection du droit moral, qui ont conduit les partisans de l'adhésion à la Convention de Berne

126. *Marlin* c. *Ellison*, 218 U.S.Q. 702 (S.D. Fla. 1982).

127. *Lamothe* c. *Atlantic Recording Corp.*, 847 F.2d 1403 (9e Circ. 1988).

128. *Dodd* c. *Ft. Smith School Dist.*, 4 U.S.P.Q. 2d 1395 (W.D. Ark. 1987). Cf. *Follett* c. *New American Library*, 497 F. Supp. 304 (S.D.N.Y. 1980) (qui maintient, au regard de la plainte de l'auteur, qu'il était crédité par erreur en tant qu'auteur principal et non comme l'un des coauteurs de l'oeuvre).

129. *Smith* c. *Montoro*, 648 F.2d 602 (9e Circ. 1981). Voir également *Lamothe*, note 91 ci-avant, note 2 (« Les défendeurs n'ont pas effacé toute trace de la source du produit, ce qui pourrait passer pour attribution inverse implicite »).

130. Voir *Community for Creative Non-Violence* c. *Reid*, note 78 ci-avant, 846 F.2d 1498 (le co-titulaire d'un droit d'auteur sur une oeuvre de sculpture, dans l'exercice de son droit de reproduction de l'oeuvre, « pourrait être contraint de créditer [le sculpteur d'une partie de l'oeuvre] comme l'auteur d'une sculpture ») (remarque superfétatoire).

à penser que la conformité est à présent acceptable et est promise à une évolution favorable dans l'avenir, ce serait une erreur de ne pas mentionner l'utilité de la loi régissant plus particulièrement les marques de fabrique par comparaison avec la théorie plus générale concernant la concurrence déloyale, dont nous avons déjà débattu. Car l'enregistrement ou la reconnaissance des marques de fabrique peut être pertinent à la fois en ce qui concerne l'attribution et ce qui concerne l'intégrité. Le corps administratif fédéral, qui réglemente les appels relatifs à l'enregistrement, a déclaré que le nom d'un auteur pouvait être enregistré comme une marque de fabrique pour les oeuvres produites par l'auteur[131]. L'ensemble des implications qui en découlent reste encore à explorer mais pourrait bien porter sur la mise en application de droits proches ou équivalents aux droits moraux[132].

La loi américaine telle qu'elle s'applique à l'attribution et à l'intégrité ne satisfera certainement pas la plupart des apôtres les plus fervents des droits moraux aux États-Unis et à l'étranger, mais le groupe de travail ad hoc ne manquait pas de sincérité lorsqu'il assura, et le Congrès et le directeur de l'OMPI se sont montrés d'accord, qu'il existe de véritables protections aux États-Unis en ce qui concerne les intérêts du droit moral, même si elles ne sont pas identiques en théorie ou dans l'ensemble de leurs ramifications, à celles consacrées par la tradition continentale européenne. Pour les partisans du droit moral aux États-Unis, l'adhésion à la Convention de Berne n'est pas l'étape finale mais bien le départ de nouveaux efforts visant à réformer la loi américaine[133].

131. *In re Wood*, 217 U.S.P.Q. 1345 (TTAB 1983).
132. W.M. BORCHARD, *Trademarks and the Arts* (1989), chapitre V et voir *id.* préface, p. 4-5 indiquant que «les protections accordées évidemment aux fabricants de produits industriels n'ont pas été totalement accordées aux auteurs (ni revendiquées par eux) sur un autre type de produit... la création artistique.
133. Les États-Unis n'ont certainement pas manqué de remarquer que la législation des pays membres de l'Union et leur action en vue de faire respecter les droits à l'intégrité comprennent aussi bien l'absence totale de protection effective que des réglementations détaillées et complètes en la matière. Voir *Final Report*, note 31 ci-avant, p. 548-51. Les États-Unis ne se situent vraisemblablement pas au bas de l'échelle et témoignent d'une conscience et d'une activité indiscutablement grandissantes. Le concept de droits moraux est à de nombreux égards encore balbutiant, même dans les pays «avancés» en ce domaine, notamment en ce qui concerne ses répercussions dans de nombreux cas pratiques. On peut même espérer que l'expérience et les efforts américains contribueront à clarifier les solutions qui se font jour lorsqu'elles font face au courant des techniques nouvelles, des nouveaux médias et des nouvelles formes artistiques.

CONCLUSION

Ainsi que nous l'avons vu, l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne, cent deux ans après l'entrée en vigueur du traité, a provoqué un certain nombre de changements au sujet de la loi américaine sur le droit d'auteur et est à l'origine de nombreuses réflexions. Si le risque de pertes cruelles de droits dues au non-accomplissement des formalités a été éliminé, les détenteurs de droits d'auteur américains et étrangers seraient cependant bien avisés dans la pratique de prendre les mêmes mesures pour protéger leurs oeuvres que celles qu'ils prenaient (ou auraient dû prendre) en vertu de la loi de 1976. Malgré l'importance plus réduite des formalités de mention de réserve et d'enregistrement, l'accomplissement de ces formalités produit encore des avantages substantiels et bénéfiques.

Si la session législative qui a permis l'adhésion à la Convention de Berne n'a prévu aucune mesure extensive pour le droit moral, les créateurs peuvent cependant prévoir — et y travailler — une évolution future dans ce domaine. Des efforts concertés restent nécessaires pour adapter peu à peu le droit moral américain aux impératifs particuliers et aux problèmes des secteurs concernés, sans cependant sacrifier l'ultime nécessité de protéger les intérêts des auteurs d'oeuvres de l'esprit. Les décisions du législateur et des tribunaux dans d'autres pays tels que la France révèlent que des aménagements restent possibles[134].

134. Voir à ce sujet la loi française du 11 mars 1957, amendée par la loi du 3 juillet 1985, art. 6,5 (qui suspend les revendications de droits moraux par les coauteurs d'une oeuvre audiovisuelle jusqu'à l'établissement de la version définitive). Voir également *Champaud* c. *Éditions législatives et administratives*, 1er Civ., 16 décembre 1986, 133 Rev. Int. du Dr. d'auteur (juillet 1987), p. 183 (qui reconnaît le droit de l'éditeur d'une oeuvre collective de publier et de modifier les apports individuels en vue de se conformer à la présentation générale de l'oeuvre collective).