ANNEXE 2

Immatriculation
Marques de commerce

PERSONNE MORALE OU PHYSIQUE	PROVINCE/ PAYS D'ORIGINE	«DEVOIR D'IMMATRICULATION
Titulaire de la marque	QUÉBEC	OUI
Titulaire de la marque usage au Québec	ALBERTA	OUI
usage par licencié	QUÉBEC	?
produit vendu par un distributeur	QUÉBEC	?
Titulaire de la marque usage au Québec	ÉTATS-UNIS	OUI
usage par licencié	QUÉBEC	?
produit vendu par un distributeur	QUÉBEC	?
Licencié	QUÉBEC	
immatriculation de son nom		OUI
immatriculation de la marque licenciée		OUI
Distributeur	QUÉBEC	
immatriculation de son nom		OUI
immatriculation de la marque du produit distribué		?

Vol. 7, nº 2

Déclin ou renouveau de la Convention de Berne

Nicolas Rouart*

La Convention de Berne, depuis sa naissance le 9 septembre 1886, a fait l'objet de révision environ tous les vingt ans. Celle de Berlin, le 13 novembre 1908, fut suivie de celle de Rome le 2 juin 1928, puis de Bruxelles le 26 juin 1948 et la dernière eut lieu à Stockholm-Paris, les 14 juillet 1967 et 24 juillet 1971.

Nous sommes donc entrés à l'intérieur d'une période où pourrait intervenir une autre révision. La préparation d'une conférence diplomatique constitue une vaste entreprise car, d'une part, le nombre des États membres couvre aujourd'hui l'ensemble de la planète. La dizaine d'États signataires de la Convention, en 1886, a dépassé aujourd'hui la centaine. D'autre part, la souveraineté des États oblige à appliquer la règle de l'unanimité pour modifier l'ensemble de la Convention. Aussi, l'idée est-elle apparue de rédiger un protocole à la Convention de Berne qui viendrait compléter ou améliorer le contenu d'un certain nombre d'articles.

En effet, la raison d'être de l'Union de Berne est indiquée dès l'article premier de la Convention. Il s'agit d'organiser la protection des droits des auteurs sur leurs oeuvres littéraires et artistiques. Depuis 1971, de nombreux éléments d'ordre matériel comme d'ordre politique ont modifié la diffusion, ainsi que l'exploitation des oeuvres qui, l'une et l'autre, revêtent un aspect global.

Peut-on parler de déclin? Jamais la Convention de Berne n'a recensé autant de membres. Au 1er janvier 1994, leur nombre s'éle-

© Nicolas Rouart, 1994.

* Docteur en droit, Délégué aux Affaires générales de la SACD (Société des auteurs dramatiques de France).

vait, selon la revue «Le Droit d'Auteur» à 105 membres, ce qui laisse supposer que la cause des auteurs est largement comprise à travers le monde. De plus, à première vue, le niveau de protection devrait être élevé. En effet, sur les 105 membres, 81 ont adhéré à l'Acte de Paris du 24 juillet 1971, 13 en sont restés à l'Acte de Bruxelles du 26 juin 1948, 10 à l'Acte de Rome du 2 juin 1928 et 1 État continue à être lié par l'Acte de Berlin du 13 novembre 1908.

Ce résultat, en apparence réconfortant, ne doit pourtant pas faire illusion. Certains États, parmi les plus importants des nouveaux adhérents comme parmi les plus influents de la planète, ne permettent pas à leurs ressortissants d'invoquer directement les clauses de Berne devant leurs tribunaux internes. Ce refus d'appliquer pleinement cette convention manifeste déjà une négligence regrettable à l'égard des intérêts des auteurs. Or, nous le verrons, les moyens dont dispose le Bureau international pour que la Convention de Berne soit respectée sont très minces et supposent avant tout une bonne volonté active des États. L'exemple type est donné par la législation promulguée aux États-Unis lors de leur adhésion en 1989. Selon le point C. de l'article 104 du titre 17 du Code des États-Unis:

> Aucun droit ni aucune prérogative touchant à une oeuvre susceptible d'être protégée en vertu du présent titre ne peut être revendiqué en vertu ou compte tenu des dispositions de la Convention de Berne ou de l'adhésion des États-Unis à cette Convention.

La seconde phrase du même paragraphe est encore plus explicite:

> Aucun droit afférent à une oeuvre susceptible d'être protégée en vertu du présent titre qui découle de ce même titre, d'autres lois fédérales ou d'État ou du common law ne saurait être étendu ni restreint en vertu ou compte tenu des dispositions de la Convention de Berne ou de l'adhésion des États-Unis à cette Convention.

Si, donc, existe une différence entre ce à quoi les États-Unis se sont engagés en adhérant à Berne et les règles de leur droit interne, ce sont ces dernières qui prévaudront. Cela n'empêchera pas les citoyens des États-Unis de revendiquer dans les pays de l'Union le traitement que ceux-ci appliquent à leurs propres ressortissants. Autrement dit, en France, en Belgique, en Italie, en Allemagne, etc. ..., ils verront leurs prérogatives sur leurs oeuvres reconnues comme s'ils étaient citoyens français, belges, italiens, allemands, etc. ... Le moins que nous puissions dire, c'est que nous sommes en

présence d'une singulière compréhension du traitement national qui est pourtant le fondement même de la Convention[1].

Celui-ci est indépendant de l'existence du droit réclamé dans le pays d'origine de l'oeuvre. Aussi, dans l'arrêt *Huston*, la France a fait application d'un droit non reconnu par la loi des États-Unis et cela au bénéfice, non pas de ses citoyens, mais de personnes ne possédant pas la nationalité française.

Un rapport commandé par le gouvernement des États-Unis à propos des autoroutes de l'information souhaite l'élaboration d'une meilleure protection des oeuvres au bénéfice des titulaires de droits. Pour y parvenir, il est préconisé un rapprochement entre la législation anglo-américaine et le droit d'auteur (en français dans le texte) européen ou plutôt continental[2].

Si, déjà, les États-Unis supprimaient de leur législation interne les dispositions que nous avons citées, ils auraient accompli un grand pas vers une harmonisation de la protection. Ne nous leurrons pas, la grande différence entre ces législations réside dans l'attribution de la qualité d'auteur à titre originaire à l'employeur. Sauf exception très rare de l'oeuvre collective, les lois européennes considèrent comme auteur la ou les personnes physiques ayant créé l'oeuvre. Avec les textes anglo-saxons, l'auteur d'un film, *Citizen Kane* par exemple, change quand il est acheté par un nouveau cessionnaire.

Même si tous les pays membres appliquaient, dans leur droit interne, les dispositions résultant de leurs engagements internationaux, ceux-ci sont-ils parfaitement adaptés aux conditions actuelles d'exploitation des oeuvres dans la mesure où ils découlent de l'Acte de Paris de la Convention de Berne?

Depuis 1971 en effet, bien des événements sont intervenus. Les satellites sont quotidiennement utilisés et la pratique de la copie privée, aussi bien sonore qu'audiovisuelle, s'est considérablement développée. De nombreux États ont accepté de considérer les logiciels comme des oeuvres littéraires et artistiques. Avec les nouvelles technologies, nous voyons se profiler des formes d'exploitation inédites sans d'ailleurs bien savoir parmi elles celles qui prévaudront sur les autres.

1. Claude Masouyé, *Guide de la Convention de Berne*, Genève, OMPI, p. 34 et s.
2. *A Preliminary Draft of the Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, juillet 1994, p. 135 et s.

Nous avons assisté à des bouleversements politiques qui ont remodelé la carte de l'Europe centrale et orientale. De nouveaux États sont apparus qui doivent faire l'apprentissage du fonctionnement de l'économie de marché.

Or, parmi les circonstances qui accentuent l'impression de vieillissement de la Convention de Berne, il faut citer l'aspect économique accru que revêt l'exploitation des oeuvres. Celles-ci sont en effet diffusées mondialement, et ce à une très grande rapidité.

L'aspect économique a pour conséquence l'introduction de dispositions concernant le droit d'auteur dans des accords commerciaux, qu'ils soient multilatéraux ou bilatéraux. On en arrive même à se poser ouvertement la question de savoir si ces accords commerciaux sont appelés à remplacer les conventions internationales sur le droit d'auteur [3].

De telles dispositions concernant le droit d'auteur existent en effet à l'intérieur de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA) et dans les traités sur l'Espace Économique Européen (EEE) et le GATT signé à Marrakech le 17 avril 1994. L'OMPI se voit donc concurrencé sur le terrain de son activité traditionnelle et cela avec d'autant plus d'efficacité que ces textes nouveaux sont agrémentés d'un système de résolution des conflits. À cet égard, la Convention de Berne – ou plutôt l'administration chargée de la gérer – est à l'heure actuelle pratiquement désarmée, nous le verrons.

À tout ceci il sera répondu qu'un projet de protocole complétant la Convention de Berne est actuellement à l'étude. Plusieurs réunions d'experts ont déjà eu lieu et la dernière s'est tenue du 5 au 8 décembre 1994. Il s'agit précisément de moderniser la Convention de Berne.

Nous observerons tout d'abord qu'il est dommage de ne pas effectuer cette modernisation par une véritable conférence de révision mais seulement par le biais d'un protocole qui semble n'aborder que timidement des sujets actuels, alors que les circonstances pourraient être favorables à un nouvel approfondissement du système de la Convention.

Trois thèmes présentent manifestement un caractère contemporain. Il s'agit des programmes informatiques, des bases de données et des droits de location.

3. Voir sur ces questions l'article de Silke von Lewinski dans *RIDA*, n° 161, juillet 1994, p. 5 et s.

Licences obligatoires

D'autres propositions correspondent à des remises en ordre des textes antérieurs dont les termes apparaissent clairement dépassés. Il s'agit des licences obligatoires relatives à l'enregistrement sonore d'oeuvres musicales (article 13 de la Convention) et à la radiodiffusion (article 11 bis § 2 de la Convention).

Rappelons que les licences relatives à l'enregistrement sonore d'oeuvres musicales ont été introduites par l'article 13 dans la Convention lors de la révision de Berlin en 1908. Le prétexte invoqué fut la faiblesse de l'industrie naissante du disque. Lors des révisions de Bruxelles en 1948, puis de Stockholm en 1967, les auteurs ont fait valoir la vigueur et la bonne santé de l'industrie phonographique pour réclamer la suppression de cette licence. Cette bonne santé ne s'est pas démentie depuis et il serait équitable de procéder à cette suppression puisqu'elle ne repose plus sur la moindre apparence de justification.

Lors de la révision de Rome en 1928, des motifs du même ordre sont à l'origine de l'introduction à l'article 11 bis des licences obligatoires dans le domaine de la radiodiffusion. Ce régime fut aggravé lors de la révision de Bruxelles en 1948 puisqu'il fut étendu, entre autres, à la communication publique par fil. Les entreprises de radio-télévision, comme de câblodistribution ont largement fait la preuve de leur dynamisme. Elles sont loin de craindre la soi-disant position dominante des sociétés de perception qui leur rendent de grands services par leurs contrats généraux et dont la mission d'intérêt général a été reconnue par la directive de la Communauté européenne n° 93/83 du 27 septembre 1993[4]. Il est donc grand temps de mettre un terme à de telles licences qui, à cause de l'importance considérable de la radio et de la télévision, comme de la distribution par câble, lèsent les auteurs.

Une leçon en tout cas peut être tirée de ces exemples. L'arrivée de nouvelles technologies est l'occasion, nous devrions dire le fallacieux prétexte, pour réclamer un régime de faveur, c'est-à-dire des exceptions aux droits des auteurs. Supprimer ces exceptions, c'est-à-dire revenir à une situation normale, nécessite un laps de temps substantiel. Les possibilités de manipulations offertes par les nouvelles techniques sont véritablement fabuleuses. Aussi, les auteurs, bien loin de se voir imposer de nouvelles licences, devraient réclamer

4. Nicolas Rouart, *Bulletin du Droit d'Auteur*, UNESCO, volume XXVII, n° 3, 1993.

un perfectionnement ou plutôt un approfondissement de l'Union de Berne.

Autres points

La durée de la protection n'est abordée qu'à propos des oeuvres photographiques.

En revanche, le droit de mise en circulation, ainsi que celui de la communication publique par diffusion satellitaire, sont examinés mais il faut reconnaître que, dans ces domaines, les directives de l'Union européenne ont précédé le travail effectué par l'OMPI.

Il reste deux problèmes profondément sensibles: il s'agit de l'application des droits et du traitement national, lequel est à la base de l'Union de Berne.

Élargissement souhaité de la mission des experts de l'OMPI

Il n'empêche que cette liste apparaît singulièrement restreinte malgré l'importance des sujets évoqués. Déjà, lors de la quinzième session de l'assemblée de l'Union de Berne tenue les 28 et 29 avril 1994, les États-Unis ont souhaité une ouverture des points traités par le projet de protocole en y incluant les questions suscitées par les nouvelles technologies[5]. Leur demande de report de l'ensemble du document a été violemment combattue par le Royaume-Uni, le Brésil, l'Égypte et la Belgique, mais ces différents États n'étaient pas pour autant défavorables à l'élargissement de la mission du comité d'experts de l'OMPI.

La copie privée, par exemple, concerne davantage les auteurs tous les jours. Il faut reconnaître que, sur le plan international, c'est un problème redoutable par ses implications, mais ce n'est pas une raison suffisante pour le laisser à l'écart. Il est vrai que de bons esprits l'estiment réglé par l'actuel article 9 de la Convention, qui traite du droit de reproduction. Une discussion sur ce sujet pourrait éviter de voir certains États membres légiférer de manière divergente.

Autre pomme de discorde, la distribution par câble. Les auteurs réclament la suppression de toute licence non volontaire dans ce système de diffusion qui est pratiqué avec une ampleur croissante.

La durée de protection de base est systématiquement portée à 70 ans dans les textes de lois nouveaux. Après la Suisse (Loi du 9

5. *Droit d'Auteur*, juin 1994, p. 135.

octobre 1992 avec effet rétroactif), la Grèce (Loi du 4 mars 1993) et la Belgique (Loi du 30 juin 1994) ont fixé à 70 ans la durée du droit d'auteur. Déjà la directive n° 93/98 du 29 octobre 1993 de l'Union européenne a exigé que les autorités législatives des douze États membres aient, avant le 1er juillet 1995, harmonisé leurs différentes durées sur la base de 70 ans. L'Autriche, bien avant d'être candidate, avait adopté cette durée (Loi du 16 décembre 1972). Nous assistons donc à une augmentation générale de la durée. Ce point devrait faire partie du système de l'Union de Berne et, par conséquent, une discussion devrait normalement l'examiner.

Droit moral

Avec l'avènement de la numérisation, le droit moral prendra certainement une importance accrue dans l'intérêt des auteurs tout d'abord, mais aussi du public. En outre, il peut rendre de grands services aux cessionnaires qui, en le respectant, manifesteront ainsi leur probité commerciale.

De nouvelles réflexions permettraient d'enrichir la notion même de droit moral à l'intérieur de la Convention. L'actuel article 6 bis prévoit, parmi les attributs de ce droit, celui de revendiquer l'oeuvre et c'est le moins que l'on puisse accorder aux auteurs, puisqu'il s'agit de l'expression de leur personnalité. L'article ajoute le droit, pour chaque auteur, de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification «préjudiciables à son honneur ou à sa réputation». Ce membre de phrase entre guillemets nous vaut un droit «objectif», c'est à dire dépendant de l'appréciation portée par un tiers. Celui-ci sera le magistrat appelé à trancher le litige provoqué par les protestations du créateur. Il serait plus sain de revenir à un véritable droit moral dénommé «subjectif», c'est à dire reposant sur la seule appréciation de l'auteur car, en définitive, il est le mieux placé pour connaître le sens et la portée du message contenu dans son oeuvre.

Éléments nouveaux

Il serait dommage de laisser de côté la reprographie qui fait l'objet de dispositions particulières dans certains États[6].

Une notion mériterait, avec les technologies nouvelles, d'être approfondie. Il s'agit de la destination reconnue par la jurisprudence

6. Par exemple, en Belgique, la loi du 30 juin 1994 et, en Suisse, la loi du 9 octobre 1992.

belge par l'arrêt de la Cour de Cassation du 19 janvier 1956[7] rejetant un pourvoi formé contre l'arrêt du 9 mai 1953 de la Cour de Bruxelles[8]. Ce concept a reçu la consécration législative puisque nous le retrouvons aux articles L 112-1 et L 131-3 du *Code de la propriété intellectuelle* promulgué en France le 1er juillet 1992[9].

La lecture du rapport commandé par le gouvernement des États-Unis à propos des autoroutes de l'information montre que ce pays est sur le point de réinventer cette notion qui peut puissamment aider les différents titulaires de droits sur les oeuvres[10]. Dans ce rapport, il est conseillé de modifier la législation des États-Unis afin d'y introduire ce qui, pour nous, constitue la destination. Si cette règle est admise pour les oeuvres sonores, il sera difficile de refuser d'en faire bénéficier les oeuvres comportant des images.

Autres déficiences de la Convention de Berne

Le perfectionnement de la Convention de Berne au moyen de ces différentes notions ne l'empêcherait pas de comporter de grandes faiblesses.

Indiquons en premier lieu le dépouillement auquel nous pouvons assister et dont l'exemple nous est donné par la décision rendue le 10 juillet 1961 par la 2e chambre du Tribunal de Première instance des Communautés européennes dans l'affaire *The British Broadcasting Corporation* contre la *Commission des Communautés européennes*, dite affaire *Magill*[11]. Il en résulte, entre autres, qu'en cas de conflit entre les règles posées par la Convention de Berne et celles résultant du Traité de Rome, ces dernières doivent l'emporter. Si la tendance manifestée par ce jugement se confirmait, la Convention de Berne perdrait de son efficacité, tout au moins entre les douze États, qui sont seize avec l'arrivée, le 1er janvier 1995, de la Norvège, de la Suède, de la Finlande et de l'Autriche au sein de l'Union européenne.

La fragilité fondamentale de la Convention de Berne consiste dans son système de règlement des conflits qui surgiraient entre un ou plusieurs États relativement à son interprétation ou à son application.

7. *RIDA*, nº XI, avril 1956, p. 132.
8. *RIDA*, nº 1, octobre 1953, p. 14. Commentaire de A. Tournier, p. 21.
9. Pour une étude approfondie, voir l'ouvrage de F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit de destination*, Paris, LGDJ, 1989.
10. *Preliminary Draft of the Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, juillet 1994, p. 131.
11. *RIDA*, nº 151, janvier 1992, p. 218. Note de Thierry Desurmont.

Selon l'article 33 de la Convention, un tel règlement, qui n'aboutirait pas par voie de négociation, peut être porté devant la Cour internationale de justice de La Haye. Le système pouvait peut-être convenir en 1886, mais il apparaît singulièrement inadapté à notre époque. D'abord, parce que seuls les États peuvent saisir la Cour, ce qui oblige les particuliers à des démarches compliquées et difficiles auprès de leurs autorités gouvernementales respectives. Ensuite, parce que la procédure, devant cette Cour, est extrêmement lente, ce qui est très éloigné du souci d'efficacité de notre temps. Les fonctionnaires de l'OMPI se félicitent de ce que le Bureau international a réussi par ses démarches auprès des différents États membres à surmonter ce genre de situation, mais cela ne correspond guère à l'état d'esprit actuel et à l'importance des conséquences économiques dans l'exploitation des oeuvres.

Cela suppose en effet de longues et difficiles négociations auprès des autorités étatiques des membres de l'Union accompagnées de pressions des milieux professionnels. Il ne faut guère espérer aboutir avant l'écoulement de très longs laps de temps.

Les traités commerciaux récents qui incluent des dispositions relatives au droit d'auteur, qu'il s'agisse du traité de l'Union européenne ou de celui du GATT, prévoient des procédures de règlement des conflits qui ne les font pas dépendre de la Cour internationale de justice. En ce qui concerne le GATT, la partie relative aux ADPIC (Aspects du droit de propriété intellectuelle relatifs au commerce) comporte deux articles organisant un système dit de panels et de consultation afin d'aplanir les conflits.

Le Traité de l'Union européenne prévoit, ou plutôt a reconduit en le perfectionnant, un organisme juridictionnel auquel non seulement les États mais aussi les personnes privées ont accès: c'est la Cour de justice de Luxembourg dont l'activité, depuis sa création, s'est révélée extrêmement prolifique et efficace. Par le traité de Maastricht du 7 février 1992, il lui a été adjoint pour l'aider un tribunal chargé de connaître en première instance certaines catégories de recours déterminées par le Conseil des ministres statuant à l'unanimité[12].

Il en résulte pour le développement des activités de l'Union européenne un dynamisme qui semble susciter l'envie des fonctionnaires de l'OMPI. En effet, un groupe de travail a examiné au début du mois de juin 1993 comment pourraient être organisés soit l'arbi-

12. Article 168 A du Traité sur l'Union européenne.

trage, soit d'autres mécanismes extra-judiciaires de solution des litiges de propriété intellectuelle entre personnes privées. À cette occasion, le Bureau international a élaboré, d'une part, un projet de règlement de médiation et, d'autre part, un projet de règlement d'arbitrage. Un centre d'arbitrage a été créé qui a commencé à fonctionner en octobre 1994. Dirigé par Marc Blessing, de l'Association suisse d'arbitrage, il rassemblera les compétences de Michael Hoellering, des États-Unis, Michael Kerr, du Royaume-Uni, Zentaro Kitagowo, du Japon, Juergen Schimid-Duvertmann, de la République fédérale d'Allemagne, et Tang Nouzhi, de la Chine.

Initiatives de l'OMPI

L'OMPI ne s'en est pas tenue là puisqu'elle a provoqué l'étude d'un traité sur le règlement des différends entre États en matière de propriété intellectuelle.

Timidement, des voies sont donc suggérées mais il est bien certain que serait davantage dans l'esprit de notre époque l'instauration d'un tribunal en matière de propriété intellectuelle pouvant remplir un rôle équivalent à celui que tient la Cour de Luxembourg. C'est, nous ne l'ignorons pas, une perspective révolutionnaire qui se heurte à de nombreuses difficultés tant juridiques qu'économiques, voire même politiques. À en croire les initiatives prises par l'OMPI, cette voie semble pourtant faire l'objet de réflexions.

Des réunions d'experts se sont tenues, à l'OMPI, en décembre 1994 à propos de l'Union de Berne et du projet de protocole. Les travaux des experts seront-ils de nature à sortir la Convention de Berne du dépérissement que l'on est bien forcé de constater? Alors elle pourra, conformément à sa vocation, exercer pleinement sa fonction de protection des droits des auteurs sur leurs oeuvres littéraires et artistiques.

Vol. 7, nº 2

L'affaire *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.* et la défense du «fair use»

Todd H. Shuster*

INTRODUCTION

Dans l'affaire *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.*[1], la Cour suprême des États-Unis a récemment conclu, d'une façon unanime, à une nouvelle analyse des rapports subtils entre ceux qui détiennent des droits d'auteur et ceux qui les exploitent. La Cour a considéré que l'exploitation commerciale non autorisée d'une oeuvre protégée par un droit d'auteur n'est pas *a priori* considérée comme «unfair». Cet arrêt touche *2 Live Crew*, un groupe d'artistes rap qui jouit d'une grande notoriété et qui a créé une parodie de la célèbre chanson rock «Oh, Pretty Woman» écrite en 1960 par Roy Orbison et William Dees. Malgré l'originalité de la chanson d'origine et l'aspect commercial de la parodie du défendeur, la Cour suprême a jugé que l'oeuvre de ce dernier pouvait constituer un «fair use».

Le *Copyright Act* de 1976, en son article 107, prévoit de façon explicite que l'exploitation d'une oeuvre protégée en vue d'un reportage, d'un travail de recherche ou d'une évaluation critique, pourra être considérée comme un «fair use». S'il existe vraiment un stéréotype de défendeur pouvant arguer le «fair use», ce sont les enseignants, les journalistes ou les chercheurs. En effet, dans la quête inlassable qu'imposent l'étude et la découverte des fondements de la

© Todd H. Shuster, 1994.

* Avocat, Ropes & Gray, Boston, Massachusetts; professeur à la Faculté de droit de Northeastern University.

1. 114 S.Ct. 1164, 127 L.Ed. 2d 500 (1994).