d'inclure ou non une catégorie d'oeuvre parmi les oeuvres protégées devait être prise en fonction du meilleur prototype de la catégorie[55]. De récents événements en matière de révision du droit d'auteur au Royaume-Uni et au Canada indiquent que la perception de la photographie a évolué.

L'adoption du *Copyright, Designs and Patents Act 1988* a donné l'occasion de mettre à jour les conceptions du droit d'auteur qui avaient cours en Grande-Bretagne. Cette nouvelle loi a eu un impact important dans le domaine de la photographie: elle a intégré pleinement les photographies parmi les oeuvres protégées. L'on retiendra ici que, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, le délai de protection et l'identification de l'auteur d'une photographie obéissent aux mêmes règles que celles qui régissent l'ensemble des oeuvres artistiques[56]. C'est dire que le législateur britannique ne met plus en doute la place des photographies dans le droit d'auteur. Dans quelque temps, le droit canadien devrait être à l'image du droit britannique sur ce sujet. Et le *Livre blanc sur le droit d'auteur* et la *Charte des droits des créateurs et créatrices* préconisent cette modification[57]. Il y a donc lieu de croire que, encore une fois, le droit d'auteur canadien suivra le pas du droit d'auteur britannique en cette matière.

55. W.R. CORNISH, «Effets d'une meilleure acceptation des droits voisins», Rapport général dans *Congrès de la Mer Égée II – Droit d'auteur et propriété industrielle*, Paris, A.L.A.I., 1992, p. 311, 315.
56. Ceci provient de l'abolition des règles antérieures. Voir *supra*, les références de la note 9. Une autre conséquence importante de la loi de 1988 a été l'abrogation de la règle de titularité initiale prévue pour les photographies commandées et dont on retrouve une version à l'article 13(2) de la loi canadienne. L'absence de cette règle a été compensée par l'introduction d'un droit à la non-divulgation de certains films et photographies à l'article 85 du *Copyright, Designs and Patents Act 1988*. Sur ce sujet, voir GENDREAU, *supra*, note 25, p. 462-66, nº 287.
57. Gouvernement du Canada, *De Gutenberg à Télidon. Livre blanc sur le droit d'auteur: Propositions en vue de la révision de la loi canadienne sur le droit d'auteur*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984, p. 27-29. Canada, Chambre des Communes, Comité permanent des communications et de la culture, *Rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur: Une charte des droits des créateurs et créatrices*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985 (Président: G. Fontaine), p. 32-33. Une étude préalable avait également conclu à cette solution: B. TORNO, *La propriété du droit d'auteur au Canada*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1981, p. 11-18.

Dynamiques nouvelles en droit d'auteur international

Paul Edward Geller*

Les éléments de base du droit d'auteur international semblent être de nature territoriale. Ces éléments ont toujours été des États qui ont conclu des traités en matière de droit d'auteur. Lorsque des juges arrivaient à localiser des contrefaçons dans leurs territoires, ces pays devaient protéger les oeuvres étrangères selon les termes de ces traités.

Nos réflexions vont toutefois nous conduire à une conclusion troublante: les nouvelles dynamiques qui poussent à présent le droit d'auteur international vers l'avenir sont en train de restructurer les éléments de base de ce droit. Nous allons ici soutenir que, si nous voulons profiter de ces nouvelles dynamiques dans le siècle à venir, il faut dès maintenant revoir certaines notions enracinées depuis longtemps dans le droit d'auteur international. Dans ce contexte, nous entendons par «dynamiques» la façon dont les conflits, tant conflits d'intérêts que conflits de lois, nous motivent à légiférer.

Nous allons ici faire une distinction entre trois types de dynamiques réparties sur autant de périodes: dynamiques classiques, dynamiques en cours et dynamiques récentes. En ce qui concerne la première période, les dynamiques classiques se sont cristallisées dans la *Convention de Berne* de 1886 à travers, surtout, le principe du traitement national. Dans la deuxième période, les dynamiques en cours de notre siècle ont poussé cette structure cristallisée à se

© Paul Edward Geller, 1992.
Traduction de l'anglais par Jean-Nicolas Delage, étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, lequel remercie la professeure Ysolde Gendreau d'avoir supervisé les travaux de traduction.

* Avocat à Los Angeles et professeur adjoint au University of Southern California Law Center. Cet article est basé sur des conférences données à l'Institut de recherche en droit d'auteur du Japon et à l'Association littéraire et artistique canadienne inc.

compliquer comme on peut le voir dans les différents *Actes* de la *Convention de Berne* ainsi que dans la *Convention de Rome* de 1961 sur les droits voisins. La troisième période correspond à la fin de notre siècle, alors que des dynamiques récentes entraînent de nouvelles initiatives, que ce soit dans l'*Union de Berne*, le GATT ou la Communauté européenne.

Quelles sont ces dynamiques nouvelles qui, à l'heure actuelle, secouent tellement la vieille structure cristalline de la *Convention de Berne*? Dans l'élaboration d'une réponse, il serait téméraire d'abandonner d'entrée de jeu les notions fondamentales de cette convention. Même le projet d'un accord du GATT portant sur la propriété intellectuelle emploie un langage unioniste, en commençant par l'incorporation des droits économiques tels qu'ils sont conçus dans la *Convention de Berne*[1]. Afin d'examiner les nouvelles dynamiques en droit d'auteur international, nous nous proposons de compléter l'analyse de la *Convention de Berne* par une simple analyse des médias. Ainsi, au cours de ce siècle, le législateur faisait face à la prolifération des médias, tels les enregistrements sonores ou les films cinématographiques. Dans le siècle à venir, nous allons le voir surtout confronté à l'intégration des médias dans des réseaux de télécommunication.

Première période: dynamiques classiques

Il y a plus de cinq cents ans, les dynamiques classiques ont commencé à former le droit d'auteur. À travers l'histoire, trois processus se sont succédé: d'abord, l'influence de l'imprimerie sur les débuts du droit d'auteur; deuxièmement, la décentralisation des intérêts liés au droit d'auteur; et, troisièmement, l'émergence du droit d'auteur international.

Le premier de ces processus remonte au XV[e] siècle. À cette époque, l'imprimerie fit son apparition en Europe et l'Église, ainsi que les pouvoirs royaux, cherchaient à canaliser le commerce du livre. Dans certaines capitales, telles Paris ou Londres, le roi donna aux éditeurs des monopoles, protégés par l'État, sur l'impression et la distribution des livres approuvés par les censeurs. Ces monopoles avaient une nature territoriale puisque le souverain déléguait ses pouvoirs aux autorités de police, ou encore aux éditeurs eux-mêmes, afin que ces monopoles soient imposés sur tout le territoire national.

1. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods* (Annexe III), art. 9(1) (GATT MTN.TNC/W/FA, 20 déc. 1991).

Quoi qu'il en soit, la tension monta rapidement lorsque des imprimeurs non autorisés firent leur apparition dans les provinces, que la contrebande de livres augmenta aux frontières et que le public de plus en plus nombreux exigea un accès plus libre aux ouvrages imprimés.

Le second processus, c'est-à-dire la décentralisation des intérêts liés au droit d'auteur, devint une force au XVIII[e] siècle. À cette période, le pouvoir sur la distribution des oeuvres passa des autorités royales et centralisées aux mains d'individus partout dans le pays, qu'ils soient auteurs ou éditeurs. Le législateur a alors accordé à ceux-ci un droit de nature privée qu'ils pouvaient exploiter sur tout le marché national et faire respecter devant les tribunaux tant de juridiction civile que pénale. Ce n'est pourtant pas l'État ou le titulaire du droit d'auteur qui décidaient, en dernière analyse, de la dissémination des oeuvres, mais bien le public qui achetait les livres ou assistait aux représentations théâtrales. On pourrait noter que la première loi sur le droit d'auteur, le *Statut d'Anne* de 1709, fut décrétée au moment où l'Angleterre et l'Écosse établissaient un marché commun[2].

Le troisième processus classique, l'internationalisation du droit d'auteur, a pris naissance au XIX[e] siècle. À cette époque, le livre voyageait facilement entre divers pays européens plus ou moins voisins. Afin de faire respecter les droits d'auteur de leurs nationaux à l'étranger, ces pays entreprirent l'élaboration de toute une série de traités bilatéraux, dont la teneur pouvait grandement varier. C'est alors que les auteurs, les éditeurs et les juristes se demandèrent s'il n'existait pas une façon de créer une loi plus uniforme et fiable pour régir le marché international grandissant des oeuvres. Certains suggérèrent que tous les pays se dotent du même code sur le droit d'auteur; cependant, c'est une proposition beaucoup plus modeste qui retint l'attention, celle d'un traité multilatéral portant sur le droit d'auteur. Ce traité lierait le plus de pays possibles et imposerait le choix des mêmes lois applicables aux États en ce qui concerne les oeuvres étrangères. En 1886, à cette fin, dix pays, dont sept européens, établirent l'*Union de Berne*.

Avec la *Convention de Berne* débuta ce qu'un auteur a bien nommé «la dissolution de la territorialité du droit d'auteur»[3]. Bien

2. Pour cette histoire, voir Peter PRESCOTT, «The Origins of Copyright: A Debunking View», (1989) 12 *European Intellectual Property Review* (*EIPR*) 453.
3. György BOYTHA, «Fragen der Entstehung des internationalen Urheberrechts», dans R. Dittrich (rédacteur), *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?*, Manzsche Verlag, 1988, p. 181.

sûr, le principe du traitement national, tel que codifié dans la *Convention de Berne*, veut que la loi d'un pays unioniste soit appliquée lorsqu'une oeuvre protégée par la convention est contrefaite sur son territoire. Il est d'ailleurs facile pour les tribunaux de localiser les copies pirates d'un livre, ainsi qu'une représentation non autorisée d'une pièce de théâtre, ayant lieu sur un territoire national. Cependant, un tribunal qui aurait à appliquer la loi que les principes de la *Convention de Berne* lui indiqueraient n'a pas besoin d'être situé dans le territoire du pays de la loi désignée. À titre d'exemple, une cour des États-Unis déclara avoir juridiction pour entendre une affaire relative à des contrefaçons éventuelles en Amérique latine[4]. Ainsi, elle admettait que la *Convention de Berne* déterminerait les lois applicables en l'espèce.

Deuxième période: dynamiques en cours

Lors du XX^e^ siècle, les médias se sont profondément transformés. Ce fait a déclenché de nouvelles dynamiques qui agissent toujours sur le droit d'auteur international. Nous pouvons traduire ces dynamiques en cours en invoquant trois processus distincts. Premièrement, la domination de l'imprimerie a cédé le pas à une prolifération de nouveaux médias. Deuxièmement, les intérêts liés au droit d'auteur se sont sans cesse regroupés. Troisièmement, sur le plan international, le droit d'auteur a éclaté en une multitude de droits non coordonnés.

Le premier processus, c'est la prolifération des nouveaux médias. De plus en plus, des oeuvres créées en fonction de médias établis sont reprises par de nouveaux médias. C'est ainsi que le roman devient film cinématographique et que le film prend le chemin de la télévision et ainsi de suite. Les entreprises exploitant les médias bien établis voient leur position sur le marché souvent remise en question par les entreprises gérant de nouveaux médias. À titre d'exemple, les éditeurs de partitions musicales se sont trouvés en concurrence avec les studios d'enregistrement et tous deux sont entrés en concurrence avec les radiodiffuseurs. À ce chapitre, il est cependant important de souligner qu'en s'imposant aux médias établis, les nouveaux médias n'ont pas entraîné la disparition de ces médias plus anciens. Nous pouvons souvent encore assister à une représentation théâtrale, même si l'oeuvre est disponible par voie d'enregistrement ou de diffusion télévisuelle.

4. *London Film Productions Ltd. c. Intercontinental Communications Inc.*, 580 F. Supp. 47 (S.D.N.Y. 1984).

Le second processus, c'est le regroupement souvent tumultueux des intérêts liés au droit d'auteur. C'est ainsi qu'avec l'avènement d'enregistrements sonores et de films cinématographiques, les intérêts des artistes-interprètes ont gagné en importance. Par exemple, Enrico Caruso fut le premier chanteur apprécié des amateurs, non seulement en concert, mais à travers des enregistrements vendus de par le monde. Bien entendu, les entreprises exploitant les médias ont fait pression sur le législateur pour faire respecter leurs propres intérêts qui, souvent, entraient en conflit les uns avec les autres. Ainsi, après que les licences obligatoires d'enregistrement aient été au coeur d'un débat opposant éditeurs de musique et producteurs de phonogrammes, ces derniers ont dû se battre contre les radiodiffuseurs qui, eux, exigeaient la plus grande liberté possible dans la diffusion d'oeuvres musicales. De plus, les ayants droit, à commencer par les éditeurs et compositeurs de musique, se sont regroupés à l'intérieur de sociétés destinées à percevoir les montants dus lors de la représentation publique des oeuvres. Plus récemment, ces sociétés ont eu à faire face à une variété grandissante de nouveaux médias servant à utiliser des oeuvres de toutes sortes. Il s'agit, par exemple, de la radiodiffusion, de l'enregistrement, de la retransmission par câble, de la reprographie ou de la location.

Le troisième processus en cours, c'est l'éclatement du droit d'auteur en multiples droits. La *Convention de Berne* a été maintes fois révisée sous la pression exercée par les nouveaux médias. Ainsi, les révisions ont introduit de nouveaux droits conventionnels, tels le droit de radiodiffusion ou de retransmission par câble dans l'article 11*bis* et le droit de reproduction dans l'article 9. Quant à la *Convention de Rome*, elle a institué les droits voisins, non seulement afin de satisfaire les artistes-interprètes écoutés ou vus à travers le monde, mais aussi les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion. Dans sa forme classique, le droit d'auteur sur l'oeuvre permettait aux ayants droit d'en exploiter les utilisations sur le marché, notamment en ce qui touche la vente des exemplaires et la représentation publique. De nos jours, les oeuvres peuvent de plus en plus être utilisées hors du marché, par exemple lorsque la masse des gens recourt aux enregistrements ou aux copies privées[5]. C'est pourquoi les auteurs, les artistes-interprètes et les entreprises ex-

5. Voir, par exemple, *American Geophysical Union c. Texaco Inc.*, 23 U.S.P.Q. 2d 1561, 1574-1582 (S.D.N.Y. 1992) (le droit d'auteur s'applique à la reprographie à l'intérieur d'une entreprise). Pour une analyse approfondie, voir Paul Edward GELLER, «Reprography and Other Processes of Mass Use», (1990) 38 *Journal of Copyright Society of the USA (J. Copr. Soc'y)* 2 et (pour les traductions française et espagnole) (1992) 153 *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)* 3.

ploitant les médias sont à la recherche d'une multitude de nouveaux droits pour profiter de ces récentes utilisations. Ainsi, afin de compenser les titulaires de droit d'auteur et de droits voisins, plusieurs lois imposent la distribution des sommes prélevées sur le prix de vente de cassettes vierges. De plus, d'autres mécanismes de compensation sont élaborés pour tenir compte de nouvelles utilisations d'oeuvres, dont la location de cassettes vidéo ou la photocopie.

Cet éclatement du droit d'auteur remet en cause le principe du traitement national ainsi qu'il est établi par la *Convention de Berne*[6]. Ainsi, en Autriche, la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit le prélèvement de certaines sommes sur les cassettes vierges à titre de compensation pour les enregistrements privés. Cependant, une société de perception autrichienne administrant ces sommes, Austro-Mechana, utilisa plus que la moitié des fonds ainsi récoltés pour financer des programmes dont les seuls bénéficiaires étaient les auteurs nationaux, bien qu'une bonne partie de ces fonds ait été attribuable à l'enregistrement des oeuvres étrangères. Quand la société de perception allemande, GEMA, contesta cette application des provisions de la loi, la Haute Cour d'Autriche estima que le principe souverain du traitement national, tel qu'entériné par les conventions de droit d'auteur international, interdisait à la législation autrichienne de permettre une telle discrimination à l'encontre des auteurs étrangers[7]. D'autres moyens plus subtils sont toutefois employés pour contourner le principe du traitement national ou pour en réduire la portée. En France, par exemple, la *Loi de 1985* instituait des droits dits voisins pour les producteurs audiovisuels, tout en spécifiant que les titulaires de ces droits pouvaient recevoir leur propre part des montants perçus sur les cassettes vierges. Comme aucune convention internationale ne réglemente les droits dits voisins des producteurs audiovisuels, les redevances sur les cassettes vierges attribuables aux producteurs étrangers ne leur sont donc pas remises[8]. Qui plus est, les procédures internes des sociétés de perception ont parfois des conséquences imprévues sur la répartition des redevances dues aux ayants droit

6. Pour une analyse approfondie, voir Elszbieta TRAPLE et Janusz BARTA, «La Convention de Berne traverse-t-elle une crise?», (1992) 152 *RIDA* 3, 31-67.
7. La décision *Einbehaltungsverpflichtung*, Obersten Gerichtshof, 14 juillet 1987, (1988) *Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil (GRUR - Int.)* 365, 368. Notons, cependant, que la loi fut subséquemment amendée afin qu'il soit clair que le législateur autrichien recherchait exactement ce résultat: que plus de la moitié des redevances soit attribuée aux nationaux.
8. Pour une analyse approfondie, voir Paul Edward GELLER, «The Proposed EC Rental Right: Avoiding Some Berne Incompatibilities», (1992) 1 *EIPR* 4, 7 et 8, ou «Le droit de location communautaire: comment éviter des objections basées sur la Convention de Berne?», (1992) *Actualité Législative Dalloz*, 4e cahier 29, 33.

étrangers[9]. Cette répartition est rendue encore plus difficile par la grande incertitude qui règne, d'un pays à l'autre, quant à l'identité des titulaires de ces nombreux droits[10].

Mais posons un problème encore plus fondamental. En effet, les nouveaux médias ont rendu ambiguë la portée territoriale du droit d'auteur. Comme nous l'avons déjà mentionné, il est simple de localiser, dans un pays donné, les copies pirates d'un livre ou les représentations théâtrales non autorisées. Pourtant, puisque certains nouveaux médias traversent de plus en plus rapidement les frontières, il devient difficile de cerner sur quel territoire ont lieu des contrefaçons ainsi facilitées. À titre d'illustration, supposons un instant que la radiodiffusion d'une oeuvre provienne d'un pays A, mais qu'une telle diffusion est également captée sur le territoire d'un pays B. Nous pouvons nous demander quelle loi sera applicable, celle du pays A ou celle du pays B, afin de déterminer si une telle diffusion constitue une violation du droit d'auteur sur l'oeuvre qu'elle communique au public. Fidèles à une conception classique de la territorialité, les tribunaux en sont généralement venus à la conclusion qu'ils pouvaient appliquer la loi de l'état B si la diffusion visait, ou avait tout simplement rejoint, un large public sur le territoire de cet État. C'était la solution, par exemple, dans le cas d'une diffusion comportant de la publicité qui s'adressait directement au public d'un tel pays. Cette solution a aussi prévalu lors d'une diffusion dommageable du simple fait qu'elle ait été captée dans ce pays[11].

9. Pour une analyse approfondie, voir Mihály FICSOR, «Collective Administration of Copyright and Neighboring Rights», (1989) *Copyright* 309 et, pour la version française, (1989) *Le Droit d'auteur* 327.
10. Les pays, à travers le monde, n'accordent pas les mêmes droits économiques aux mêmes personnes au moment de la création et plusieurs pays ont développé leurs propres règles régissant les transferts en matière de droit d'auteur. Il n'existe pas d'instrument international pouvant aider systématiquement les tribunaux à retracer la chaîne des droits qui, d'un pays à l'autre, transfère les droits du premier à l'actuel titulaire. De plus, bien que certains pays aient des systèmes d'enregistrement de ces transferts, tous les pays n'en ont pas, lorsqu'aucun traité international ne vient réglementer les effets internationaux d'un tel enregistrement. Pour des analyses approfondies, voir Jane C. GINSBURG et Pierre SIRINELLI, «Auteur, création et adaptation en droit international privé et en droit interne français. Réflexions à partir de l'affaire Huston», (1991) 150 *RIDA* 3, 9-23; Paul Edward GELLER, «International Copyright: An Introduction», à la section 6[3], dans P. E. GELLER (rédacteur), *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender, 1992.
11. Voir, par exemple, *CAPAC Ltd. c. International Good Music Inc.*, (1963) *Rapports de la Cour suprême* 136 (Canada); la décision *Directsatellitensendung*, Oberlandesgerichts, Vienne, 30 nov. 1989, (1990) *GRUR - Int.* 537 (Autriche); *Radio Monte Carlo c. SNEP*, Cour d'appel, Paris, 1e ch., 19 déc. 1989, (1990) 144 *RIDA* 215 (France).

Le cas-limite, c'est la diffusion d'une oeuvre par satellite. Plus particulièrement, les questions suivantes ont été débattues: quelle est la loi nationale applicable pour déterminer si une telle diffusion a violé le droit d'auteur et, le cas échéant, sur quels territoires une telle violation a-t-elle eu lieu? La loi de chaque pays de l'empreinte du satellite s'applique-t-elle lorsque l'oeuvre est ainsi diffusée dans son territoire? Ou bien, la loi du pays de l'émetteur terrestre s'applique-t-elle dans toute l'empreinte? Nous allons revenir à ces questions sous peu.

Troisième période: dynamiques récentes

À l'aube du XXIe siècle, de récentes dynamiques mettent la *Convention de Berne* à l'épreuve. Premièrement, la Communauté européenne parle maintenant au nom de l'ensemble des pays européens unionistes. Deuxièmement, la prolifération des médias de communication a commencé à se consolider dans des réseaux de télécommunication. Troisièmement, il y a une ambivalence, en matière de droit d'auteur, entre le droit international privé et le droit international public, voire le droit supranational.

Le premier de ces processus est de nature tant politique que légale. Les nations européennes, avec leurs empires coloniaux, établirent la *Convention de Berne* en 1886. Ces nations ont aussi joué un rôle important lors des nombreuses révisions de cette convention au cours du XXe siècle. Pourtant, ces pays n'ont maintenant plus besoin de cette convention pour stabiliser le droit qui régit le marché des médias européens. La raison en est simple: la Communauté européenne devient une autorité législative supranationale pour l'Europe en matière de droit d'auteur. En effet, le Tribunal de première instance de la Communauté européenne a déclaré récemment que la *Convention de Berne* ne saurait régler les rapports entre pays membres sur une question que la loi communautaire résoudrait autrement[12]. De plus, la Commission de la Communauté européenne s'est mise à formuler des directives afin que les pays membres harmonisent leurs lois sur le droit d'auteur pour un nombre croissant de questions. Il s'agit, dans un premier temps, de la protection des logiciels, des droits de location, des droits voisins, de la télévision par

12. *Independent Television Publications Ltd. c. Community Commission*, jugement du 10 juillet 1991, causes jointes T-70/89, T-69/89 et T-76/89, (1991) 4 *Common Market Law Reporter (CMLR)* (Antitrust Reports) 745, 773-776 (*Magill TV Guide*). Pour une analyse approfondie, voir Thierry DESURMONT, *Note*, (1992) 151 *RIDA* 250, 265-272.

câble ou par satellite, de la durée des droits ainsi que des banques de données[13].

La jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne nous offre le cadre dans lequel se développeront les conséquences internationales d'une telle harmonisation. Dans l'affaire *ERTA*, la Cour exposa la doctrine selon laquelle, lorsque la loi communautaire s'applique dans un domaine donné, la Communauté pourra exercer le pouvoir qu'ont ses membres de conclure des traités dans ce domaine[14]. En conséquence, puisque le *Traité de Rome* instaurant la Communauté européenne porte surtout sur le commerce, c'est la Communauté qui participe aux séances de négociations du GATT au nom de ses membres qui, eux, font toujours partie du GATT. De la même façon, puisque les directives communautaires vont de plus en plus s'imposer dans le domaine du droit d'auteur, le pouvoir de la Communauté de négocier au nom de ses membres dans l'*Union de Berne* deviendra de plus en plus légitime. À ce chapitre, le Conseil de la Communauté a déjà confirmé le rôle de la Commission européenne en ce qui concerne la négociation d'accords entre la Communauté et des pays tiers relativement à la *Convention de Berne* et à la *Convention de Rome*[15]. Bien sûr, les pays européens, premiers membres de l'*Union de Berne*, ne seront pas disposés à renoncer à la révision de la *Convention de Berne* pour la renforcer. Quoi qu'il en soit, les juristes européens pourraient aligner davantage leur interprétation de cette convention sur les intérêts de la Communauté européenne[16].

Le second processus représente une révolution dans les médias. En effet, les médias, que l'on voyait sans cesse proliférer, se consolident maintenant en réseaux de télécommunication. Toute oeuvre, qu'elle soit créée sous forme textuelle, sonore ou visuelle, peut maintenant être traduite sous forme numérique. En même temps, l'emploi de nouvelles technologies, tels le satellite ou la fibre optique, permet à la radiodiffusion et au câble de transmettre cette information

13. Pour de plus amples renseignements, voir Thomas DREIER et Silke VON LEWINSKI, «The European Commission's Activities in the Field of Copyright», (1991) 39 *Copr. Soc'y* 96.
14. *Community Commission c. Community Council*, jugement du 31 mars 1971, cause 22/70, (1971) *European Community Reports* 263, (1971) *CMLR* 335 (*European Road Transport Agreement*).
15. *Council Resolution of 14 May 1992 on increased protection for copyright and neighboring rights*, art. 2 (92/C 138/01).
16. Pour un exemple, voir Herman COHEN JEHORAM, *ALAI interventions in the Committee of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention*, Deuxième session, février 1992, p. 2-3.

numérique par voie de vastes réseaux. Des oeuvres continueront d'être disponibles sous la forme d'exemplaires vendus sur le marché ou par le biais de représentations vues ou entendues au théâtre, au cinéma ou au concert, mais de moins en moins. Il deviendra ainsi superflu pour nous de chercher toujours plus d'espace de rangement pour tous nos nouveaux livres, cassettes, disques, photocopies et enregistrements privés. Il nous sera désormais possible de commander une oeuvre qui sera alors transmise numériquement à partir de banques de données plus ou moins centralisées et à travers des réseaux de télécommunication également plus ou moins centralisés. Ces oeuvres seront alors représentées sur des moniteurs multimédias à haute définition et à haute fidélité. La demande pour les oeuvres mises en vente ou en location s'en trouvera diminuée, tout comme le désir d'en faire des copies privées. Il convient donc de tirer les conséquences de ces tendances sur le droit d'auteur international.

Pour commencer, nous devons clarifier ce dont il est question lorsque nous parlons de banques de données et de réseaux de télécommunication plus ou moins centralisés. En effet, ces réseaux de télécommunication pourraient se prêter à une gestion centrale, au même titre qu'un service national de poste et de téléphone, ou alors ils pourraient se faire concurrence en laissant les forces du marché décider de leur degré d'interconnexion[17]. Malheureusement, lorsqu'un ou peu de groupements centralisés dominent le marché où serait diffusée une oeuvre, ils peuvent plus facilement fixer les redevances dues aux titulaires du droit d'auteur à un niveau inférieur à celui qu'elles atteindraient dans un système de libre concurrence. Si le droit d'auteur doit demeurer efficace, il faudra qu'un système centralisé cède le pas à la liberté de marché; sinon, il faudra que les titulaires de droit d'auteur puissent faire valoir leurs droits à l'intérieur de tout réseau exclusif, celui-ci servant lui-même de marché pertinent. Par exemple, le producteur d'une oeuvre audiovisuelle très onéreuse devrait pouvoir exiger un prix élevé pour rendre son oeuvre disponible dans un réseau; il serait également libre de réduire ce prix au fur et à mesure que la demande baisse. Par opposition, l'auteur d'une monographie savante, qui s'intéresse surtout à la grande diffusion de ses travaux et de son nom, pourra demander une compensation moindre et, en même temps, exiger la reconnaissance de sa qualité d'auteur. Ces hypothèses, évidemment, simplifient les possibilités qu'offriront ces réseaux de fixer, gérer et percevoir les redevances pour la diffusion électronique des créations[18].

17. Pour des exemples de sytèmes centralisés et décentralisés, voir Dan J. WEDERMEYER et Richard J. BARBER, «Emerging Technological Possibilities: ISDN and its Impact on Interdependence, 1986-2016», dans M. JUSSAWALLA, T. OKUMA et T. ARAKI (rédacteurs), *Information Technology and Global Interdependence*, Greenwood Press, 1989, p. 247, p. 249-253. Pour une analyse de la tendance qu'ont les réseaux de télécommunication de s'interconnecter, voir W. RUSSEL NEUMAN, *The Future of Mass Audience*, Cambridge U. Press, 1991, p. 48-76.

Nous en venons maintenant au troisième processus récent. Le droit d'auteur se déplace du droit international privé vers le droit international public et le droit supranational. La *Convention de Berne* est d'abord et avant tout un instrument de droit international privé permettant aux personnes de faire respecter leurs droits privés sur des oeuvres littéraires ou artistiques. En effet, ces personnes ne peuvent revendiquer de tels droits que devant les tribunaux nationaux à l'encontre d'une personne les ayant violés. Par opposition, le GATT est essentiellement un instrument de droit international public qui permet de régler des différends entre les pays membres et qui offre une procédure d'arbitrage ainsi que des sanctions contre tout membre ayant violé ses normes. Quant au droit de la Communauté européenne, il est de nature supranationale: les directives de la Communauté ainsi que les jugements de la Cour de justice peuvent lier des parties privées tout comme des pays membres et elles ont même parfois préséance sur le droit national. Nous avons commencé en disant que l'importance grandissante du commerce du livre avait rendu nécessaire le système de droit international privé préconisé par la *Convention de Berne*. Aujourd'hui, des médias encore plus puissants pourraient nous conduire vers des mécanismes de droit international public ou de droit supranational également plus puissants.

Néanmoins, un consensus mondial sur les obligations qu'impose la *Convention de Berne* est nécessaire pour l'application éventuelle de l'accord du GATT portant sur la propriété intellectuelle et, plus spécialement, sur le droit d'auteur. Ainsi, en incorporant les droits économiques de la *Convention de Berne*, le projet de cet accord considère ces droits comme des normes de base dans un système international de police qui comprendrait le droit d'auteur. Supposons qu'un pays A entre en conflit avec un pays B parce que la loi de ce pays A n'est pas conforme aux normes du GATT et que ce fait porte préjudice aux avantages du pays B assurés par le GATT. Le GATT pourrait alors fournir un cadre pour résoudre ce conflit et éventuellement pour sévir contre A, à condition que cet État ait effectivement contrevenu aux normes imposées par le GATT et qu'il en ait résulté

18. Pour une analyse approfondie, voir John R. GARRETT et Joseph S. ALEN, *Toward Copyright Management System for Digital Libraries*, Copyright Clearance Center, 1991.

des dommages pour B. Un certain consensus devrait cependant être établi sur la portée des normes du GATT avant de déterminer si elles ont été violées par le pays A, soit par le seul texte de sa loi, soit par l'application de cette même loi. Il faut noter que seuls les tribunaux nationaux ont, jusqu'à maintenant, eu à interpréter les dispositions de la *Convention de Berne*. Ils l'ont fait à la lumière des lois nationales en s'en remettant aux droits constitutionnel et international privé. Il reste à voir dans quelle mesure le GATT arrivera à un consensus international sur la *Convention de Berne*[19].

Prenons par exemple l'article 11*bis* de la *Convention de Berne* qui est au coeur du débat le plus récent sur la notion de territorialité. Ce débat porte sur la question suivante: quelle loi nationale est applicable pour localiser les actes de radiodiffusion par satellite? L'une des solutions proposées pour résoudre ce problème illustre bien, à notre avis, de quelle façon des médias plus puissants nous poussent hors du cadre classique de la territorialité, tel qu'il est conçu en droit international privé du droit d'auteur. En effet, la Communauté européenne est en train de considérer l'adoption d'une directive qui définirait la communication par satellite d'une oeuvre en se référant à la loi du pays où s'effectue l'émission vers le satellite. En même temps, on fait valoir que, puisque cette directive harmoniserait le droit pertinent et applicable à travers la Communauté, aucun choix quant à la loi applicable ne serait nécessaire lorsque l'empreinte se trouve dans la Communauté. Toute question portant sur la localisation des violations céderait alors le pas au droit supranational[20].

Maintenant, considérons la notion de la territorialité dans une perspective plus vaste. Un livre ou une représentation théâtrale existe à tout moment dans un lieu précis sur la terre. Par contre, une oeuvre peut être créée et rendue accessible sur l'ensemble d'un réseau de télécommunication mondial. Supposons que nous collaborions à la création d'une oeuvre par téléphone, télécopieur ou modem avec une équipe de coauteurs situés dans six continents. Supposons de plus que cette oeuvre soit incorporée, sans autorisation, dans une banque de données accessible dans les six continents et que la qualité d'auteur des différents collaborateurs n'y soit pas reconnue. Serait-il raisonnable de préciser un seul pays d'origine pour cette oeuvre ou même de localiser dans un seul pays la violation du droit d'exploitation ou du droit de paternité? En effet, dans ce cas, la création comme la violation se produisent tout simplement à travers le réseau, sans s'arrêter aux frontières territoriales.

19. Pour une analyse approfondie, voir Paul Edward GELLER, «Can the GATT Incorporate Berne Whole?», (1990) 11 *EIPR* 423.
20. Voir *Proposal for a Council Directive on the coordination of certain rules concerning copyright and neighboring rights applicable to satellite broadcasting and cable retransmission*, 11 septembre 1991, p. 9-13, 21-23, 33-35, 55 (COM(91) 276 final – SYN 358).

Conclusion

En guise de conclusion, nous allons poser la question qui a servi de titre à une étude récente: *La Convention de Berne traverse-t-elle une crise?* Cette étude répondait par un oui, tout en laissant entendre que le principe du traitement national était menacé[21]. Nous risquons la «balkanisation» du droit d'auteur international: sans le traitement national, différentes revendications de droit d'auteur seraient traitées différemment selon les pays. La prolifération des médias et des droits au cours de ce siècle suscite la tentation de n'accorder la réciprocité que droit par droit; pourtant, l'intégration des médias, dont l'ampleur promet de s'étendre, nous donne de fortes raisons de douter de la pertinence de cette solution. Il est à cet égard important de bien faire la distinction entre des difficultés d'ordre technique et des difficultés d'ordre territorial rencontrées en appliquant le principe du traitement national.

L'on est tenté d'invoquer des problèmes d'ordre technique comme prétexte pour éluder le principe du traitement national. L'exemple typique est la difficulté d'attribuer aux usages d'oeuvres spécifiques les redevances dues pour l'utilisation massive, telle la copie privée[22]. Évidemment, on ne pourra trouver de solutions précises jusqu'au dernier sou, mais il est possible de formuler des normes qui aideront à parvenir à des résultats de plus en plus exacts. L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle a ainsi inscrit à l'agenda des négociations portant sur le *Protocole de la Convention de Berne* la recherche de telles normes devant régir l'administration collective des droits. Il reste cependant à voir si le protocole comprendrait une procédure servant à faire respecter ces normes par les recours préconisés dans la *Convention de Berne*. Il s'agirait de recours devant les tribunaux nationaux où une personne privée aurait à faire valoir ses droits[23].

21. E. TRAPLE et J. BARTA, *loc. cit.*, note 6, p. 83-85.
22. Pour des points de vues opposés, voir Ferdinand MELICHAR, «Deductions Made by Collecting Societies for Social and Cultural Purposes in the Light of International Copyright Law», (1991) 22 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 47, 56-59; P. GELLER, *loc. cit.*, note 5, 38 *J. Copr. Soc'y*, 36-39 et 153 *RIDA* 51-61.
23. Committee of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, *Rapport*, première session, 4 au 8 novembre 1991, au chapitre VI (BCP/CE/I/3, 8 octobre 1991). La difficulté

Nous soumettons, quant à nous, que des problèmes de nature territoriale vont de plus en plus mettre en cause le principe du traitement national. Ainsi, ce n'est qu'au moment où une contrefaçon aura été localisée dans un pays étranger qu'un titulaire de droit d'auteur y recherchera le traitement national. Par exemple, il a toujours été facile de préciser où trouver des exemplaires pirates de livres ou des représentations théâtrales non autorisées et c'est en envisageant ce genre de violation que l'on a entériné le principe du traitement national dans la *Convention de Berne* en 1886. En outre, plusieurs notions fondamentales de cette convention, notamment celles de «première publication» et de «pays d'origine», ont été formulées en fonction du marché du livre, avec des références comparables aux exemplaires disponibles dans un pays donné. Il en résulte que ces notions ne peuvent pas nous permettre de tenir compte de ce qu'effectue un réseau de télécommunication au niveau international. Un tel réseau peut mettre en présence virtuelle dans plusieurs pays une oeuvre en même temps[24].

On peut vouloir soumettre ces anciennes notions à un certain révisionnisme. Ainsi, la section 175 de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988* du Royaume-Uni a inclus dans la définition de «publication» les mots «*making the work available to the public by means of an electronic retrieval system*»[25]. Nous pouvons néanmoins

réside dans le fait qu'une disposition de la *Convention de Berne* s'appliquerait aux pays unionistes, mais non aux sociétés de perception qui agissent à titre d'entreprises privées. Plus précisément, cette disposition n'obligerait le tribunal d'un pays unioniste qu'à faire respecter les droits d'un demandeur privé protégés par la *Convention de Berne* à l'encontre d'une société de perception agissant en tant que personne privée. Nous rappellerons à cet égard l'affaire *GEMA*, dont nous avons déjà traité, dans laquelle GEMA poursuivit Austro-Mechana au nom de parties privées qui voulaient ainsi récupérer leurs parts des redevances sur la vente de cassettes vierges. Voir, *supra*, le texte accompagnant la note 7. Dans ce cas, cependant, c'est une puissante société de perception étrangère, plutôt qu'une simple partie privée, qui invoquait les droits des demandeurs étrangers à l'encontre d'une société de perception locale. Nous n'étions donc pas en présence d'un demandeur individuel qui, sans des dispositions claires d'un traité sur ce point, pourrait avoir des difficultés à prouver la chaîne de droits nécessaire pour toucher les sommes en jeu. Voir note 10, *supra*.

24. De plus, la *Convention de Berne* formule des droits ainsi que des exceptions correspondantes en se basant sur la distinction métaphysique entre l'exploitation sous forme matérielle et l'exploitation sous forme immatérielle. En ce qui concerne les télécommunications, cette distinction n'est pas adéquate. Pour une critique plus poussée, voir P. GELLER, *loc. cit.*, note 5, 38 *J. Copr. Soc'y* 22-23 et 30-31 et 153 *RIDA* 7-9 et 31-33.

25. Pour une proposition qui veut traiter de l'incorporation électronique d'une oeuvre comme «reproduction», voir Committee of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, *Rapport*, deuxième session, 10 au 18 février 1992, p. 9-10 (BCP/CE/II/1, 19 février 1992).

douter de la pertinence future d'une telle tentative de sauver par le bricolage les anciennes définitions éventuellement périmées. Est-il raisonnable, à long terme, de toujours vouloir concevoir les nouvelles réalités selon l'ancien modèle de publication territoriale? En vérité, le droit d'auteur international doit maintenant faire face à des réseaux de télécommunication qui transcendent tout territoire national. Seule la Communauté européenne est en train d'élaborer un régime de droit d'auteur pour de tels réseaux qui dépassent tout cadre territorial[26].

La difficulté, cependant, va plus loin. Dès le début, l'*Union de Berne* gravitait autour de l'Europe, en partie à cause de la domination coloniale des pays européens au XIX[e] siècle. L'Europe, avec autant de frontières sur un aussi petit territoire, était aussi un microcosme du monde dans lequel on pouvait mettre à l'essai un système de droit d'auteur international organisé en fonction des territoires. En s'unissant, l'Europe fait maintenant figure de nouveau laboratoire dans lequel on peut mettre à l'essai un droit d'auteur supranational. Pour plusieurs raisons, cependant, ce nouveau modèle ne serait peut-être pas convenable dans d'autres environnements[27].

Les trois options suivantes se présenteront bientôt: soit, adopter le nouveau modèle européen, faute de mieux; soit, adopter des régimes différents, ce qui risque de diviser le droit d'auteur international; soit, développer un nouveau système de droit d'auteur à l'échelle mondiale. Un tel système mondial pourrait éventuellement renforcer davantage le traitement national, ou même dans certains cas le remplacer, par un ensemble encore plus étendu de droits conventionnels. Quoi qu'il arrive, les médias feront de tout régime à vocation territoriale quelque chose de dépassée.

26. En plus de la *Proposal for a directive*, précitée, note 20, voir *Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases*, 13 mai 1992 (COM(92) 24 final – SYN 393).

27. Une divergence cruciale réside dans les lois applicables aux relations contractuelles entre les créateurs et les entrepreneurs dans différentes juridictions. La Communauté européenne a beau harmoniser ce type de lois à l'intérieur de l'Europe, leur application à des contrats qui transfèrent les droits sur des oeuvres créées à l'extérieur de l'Europe risque de violer les principes de droit international privé. Pour une critique, voir P. GELLER, *loc. cit.*, note 8, p. 5-7.