

DETERMINATION DU PAYS D'ORIGINE LORSQU'UNE ŒUVRE EST DIVULGUEE PUBLIQUEMENT POUR LA PREMIERE FOIS SUR INTERNET

Rapport du Groupe d'étude sur le pays d'origine de l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI)*

Le problème

Lors de la réunion de juin 2011 du Comité exécutif de l'ALAI, les membres ont décidé de créer un groupe d'étude chargé d'examiner la détermination, dans le cadre de la Convention de Berne, du pays d'origine d'une œuvre divulguée pour la première fois sur Internet. Cette étude a été suscitée en partie par la décision d'un tribunal de première instance des Etats-Unis qui a estimé que la mise à disposition d'une œuvre pour la première fois sur un site Internet non américain aux fins de téléchargement par des utilisateurs situés n'importe où dans le monde, y compris aux Etats-Unis, remplissait les conditions pour que l'œuvre soit considérée comme « publiée pour la première fois » simultanément aux Etats-Unis et donc soumise aux formalités américaines. Voir, *Kernal Records OY c/ Mosley*, 794 F.Supp. 2d 1355 (S.D. Fla. 2011). Selon l'article 5.3) de la Convention de Berne, la protection dans le pays d'origine est réglée par la législation locale, laquelle, aux termes de l'article 5.1), n'est pas tenue, s'agissant des auteurs nationaux, de se conformer aux minima conventionnels (dont l'interdiction des formalités comme condition d'exercice ou d'existence du droit d'auteur). Mais dès lors que l'œuvre divulguée pour la première fois sur Internet est réputée « publiée pour la première fois simultanément » dans chaque pays où elle peut être téléchargée, elle risque d'avoir plus de 160 pays d'origine et de ne bénéficier en fin de compte des protections minimales conventionnelles dans aucun d'eux.

Parallèlement, si la divulgation sur Internet est suffisante pour que l'œuvre soit réputée « publiée pour la première fois » dans tous les pays de l'Union de Berne, un auteur non ressortissant ou non résident d'un pays unioniste remplira les conditions pour bénéficier de la protection de la Convention de Berne en vertu des articles 3.1) b) et 5.3), 2^{ème} phrase et aura donc droit au traitement national (bien que pas aux minima conventionnels) dans chaque pays de l'Union, et ce malgré la non participation à l'Union du pays d'origine de l'auteur. L'article 3, tout en proposant plusieurs manières dont les créateurs non unionistes peuvent être admis au bénéfice de la protection, n'en maintient pas moins certaines exclusions, permettant ainsi aux Etats membres de refuser le traitement national à des créateurs extérieurs à l'Union. Une interprétation de la notion de « première publication » qui engloberait le simple fait de la divulgation sur Internet aboutirait en définitive à rendre sans effet ces limitations.

Des résultats aussi absurdes et indésirables iraient à l'encontre de l'objet général de la Convention de Berne, mais il convient également d'examiner s'ils sont conformes au texte de la Convention en son article 3.3). Pour les raisons exposées ci-après, la conclusion du Groupe d'étude est qu'ils ne le sont pas.

Si la première divulgation sur Internet ne constituait pas une « publication » de l'œuvre, de sorte qu'elle demeurerait non publiée (tant qu'il n'y aurait pas eu de publication au

* Le présent rapport a été adopté par le Comité exécutif de l'ALAI réuni à Paris le 14 janvier 2012. Le Groupe d'étude était composé de Jørgen Blomqvist, Mihály Ficsor, Ysolde Gendreau, Jane Ginsburg, Silke von Lewinski, Delia Lipszyc, Antoon Quaadvlieg, Sam Ricketson, Paolo Spada et Michel Walter.

sens de l'article 3.3) de la Convention), le pays d'origine serait celui dont l'auteur est ressortissant (art. 5.4) c)). Mais dans le cas de beaucoup d'œuvres diffusées sur Internet, l'œuvre peut avoir une pluralité d'auteurs. Or, la Convention de Berne ne traite pas expressément l'hypothèse d'une pluralité d'auteurs sauf lors du calcul de la durée de la protection à partir de la mort du dernier survivant des coauteurs à l'article 7bis et, implicitement, dans le cas des œuvres cinématographiques pour lesquelles l'article 5.4)c)i) simplifie la détermination du pays d'origine de l'œuvre non publiée en désignant la résidence habituelle du « producteur » ayant son siège dans un pays de l'Union. S'agissant des autres œuvres, la disposition générale de l'article 5.4) c) visant la nationalité des auteurs semble s'appliquer. Pourtant, si les pays respectifs dont sont ressortissants les auteurs fournissaient le rattachement permettant de déterminer le pays d'origine de l'œuvre, le risque d'une multiplication des pays qui ne seraient pas tenus d'accorder la protection minimale prévue par la Convention de Berne augmenterait en fonction du nombre de collaborateurs participant à la création de l'œuvre. Le Groupe d'étude s'est donc penché sur la question du pays d'origine des œuvres ayant une pluralité d'auteurs. Nous estimons que la Convention de Berne admet des solutions/interprétations qui sont compatibles avec son système tout en évitant des conséquences qui lui sont défavorables. Par conséquent, nous proposons plusieurs approches qui comblent les lacunes de la Convention tout en restant fidèles à son but général de promouvoir la diffusion et la protection internationales des œuvres de l'esprit.

La détermination du pays d'origine est également pertinente du point de vue de l'application d'autres dispositions de la Convention de Berne, dont l'application de la règle de la durée la plus courte prévue par l'article 7.8) et l'application dans le temps de la Convention régie par l'article 18. La disposition de l'article 2.7) relative à la réciprocité en matière d'œuvres des arts appliqués repose également sur l'identification du pays d'origine, mais les œuvres concernées existent exclusivement sous forme d'exemplaires matériels et risquent donc peu d'être touchées par le problème de la divulgation sur Internet, à moins que des images de ces œuvres ne soient divulguées pour la première fois sur Internet.

I « Première publication »

Le Groupe d'étude a conclu que selon les articles 5.4) et 3.3) de l'acte de Paris de 1971 de la Convention de Berne, une œuvre mise à disposition sur Internet aux fins de téléchargement n'est pas « publiée simultanément » partout dans le monde puisque les exemplaires visés à l'article 3.3) sont des copies physiques et non pas des copies numériques.¹ Nous le déduisons des termes « fabrication des exemplaires » dans la version française qui fait foi ou « manufacture of copies » dans la version anglaise et des termes « mise à disposition *de ces derniers* » (nos italiques) qui semblent renvoyer aux exemplaires matériels mis à disposition par l'auteur ou par l'intermédiaire d'un distributeur agréé. Selon une interprétation plus extensive de l'article 3.3), la publication serait caractérisée par la mise à la disposition du public d'exemplaires, quelle que soit la manière dont ils sont matérialisés.² Mais la conclusion

¹ L'article 3, alinéa 3) de la Convention de Berne dispose :

Par « œuvres publiées », il faut entendre les œuvres éditées avec le consentement de leurs auteurs, quel que soit le mode de fabrication des exemplaires, pourvu que la mise à disposition de ces derniers ait été telle qu'elle satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'œuvre. Ne constituent pas une publication la représentation d'une œuvre dramatique, dramatico-musicale ou cinématographique, l'exécution d'une œuvre musicale, la récitation publique d'une œuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion des œuvres littéraires ou artistiques, l'exposition d'une œuvre d'art et la construction d'une œuvre d'architecture.

² S. Ricketson et J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, n° 6.52 (2006) (qualifiant cette interprétation de « plus progressiste »).

selon laquelle les exemplaires envisagés par l'article 3.3) sont des copies physiques préexistantes découle également de la comparaison des première et deuxième phrases de l'article 3.3) : le fait que sont exclues de la définition des « œuvres publiées » les œuvres littéraires ou artistiques transmises par fil ou radiodiffusées met en doute la possibilité de qualifier de « publiées » les œuvres « mises à la disposition » du public sur les réseaux numériques. De plus, compte tenu de l'objet de la Convention de Berne consistant à promouvoir la protection internationale des auteurs, il serait contre-productif (pour ne pas dire pervers) d'adopter une notion de « publication » qui, en multipliant les pays d'origine de l'œuvre, aurait pour effet d'exclure les œuvres divulguées sur Internet du bénéfice des normes minima de protection prévues par la Convention de Berne.³ L'abandon lors de la Conférence diplomatique de 1996 du projet de texte de l'article 3 du traité WCT, qui aurait assimilé à la publication d'œuvres selon l'article 3.3) la mise à disposition de copies aux fins d'accès public⁴, fait également obstacle à ce que le texte de la Convention de Berne soit considéré comme englobant des copies qui se matérialisent uniquement au moment de la réception. Par conséquent, les œuvres qui ne sont mises à disposition que sur Internet, même si elles sont accessibles partout dans le monde, ne sont pas « publiées » selon la définition de l'article 3.3) puisque la mise en circulation nécessaire de copies physiques préexistantes pour répondre aux besoins du grand public n'a pas eu lieu.⁵

En outre, le Groupe d'étude a estimé que l'article 3.3) de la Convention de Berne présuppose bien un rattachement substantiel et identifiable à un pays déterminé, rattachement qui semble être établi par la publication de l'œuvre au sens traditionnel puisque, par exemple, le lieu de la première publication correspondra à celui de la résidence de l'auteur ou, si l'éditeur est situé dans un autre lieu, l'auteur aura choisi cet éditeur en sachant qu'il est situé à l'étranger. Que l'éditeur choisi soit local ou étranger, le choix d'un éditeur témoigne d'un élément de *distribution* active, d'un effort soutenu pour atteindre le public et pour vendre ou proposer l'œuvre dans un lieu déterminé au cours d'une période plus ou moins longue. Ce n'est que dans ces conditions qu'il y aura un lien suffisamment important avec l'ordre juridique et économique du pays dont l'œuvre est réputée être « originaire » pour accorder à la législation nationale sur le droit d'auteur (ainsi qu'aux éléments de réglementation économique de celle-ci) la priorité sur les minima de la Convention de Berne et l'interdiction des formalités. En revanche, ces points de rattachement ne sont pas forcément pertinents s'agissant d'une simple diffusion sur Internet.⁶

Le Groupe d'étude a examiné si, compte tenu de l'évolution des modes de reproduction qui permettent aux utilisateurs de faire des copies au moment de la réception, il conviendrait néanmoins d'interpréter l'article 3.3) comme englobant la réalisation de copies

³ C'est l'argument principal de S. von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, n° 7.31-33 (2008). Pour une analyse détaillée du rapport entre les deux phrases et la conclusion selon laquelle les « exemplaires » visés par l'article 3.3) n'englobent pas les copies numériques à la demande, voir *ibid*, ainsi que J. Reinbothe et S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, n° 18-21 (2002).

⁴ Voir, notamment, Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*, n° 2.53-55 (2002).

⁵ Les termes « satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'œuvre » prévus par cet article laissent entendre que la « publication » peut intervenir lorsque des exemplaires sont distribués à des intermédiaires qui représenteront ou communiqueront l'œuvre, par exemple sous forme de partitions musicales exécutées publiquement par des orchestres ou encore de pellicules de films projetées publiquement dans des salles de cinéma, car les « besoins raisonnables du public » consistent dans de tels cas à écouter ou à voir la représentation de l'œuvre et non pas à en obtenir des exemplaires. Voir, notamment, S. Ricketson et J.C. Ginsburg, *supra*, n° 6.33-35 (examinant l'évolution rédactionnelle des termes « pourvu que la mise à disposition de ces derniers ait été telle qu'elle satisfasse les besoins raisonnables du public » de l'article 3.3)).

⁶ Voir *Walter*, *Österreichisches Urheberrecht – Handbuch I* n° 100.

par les destinataires d'une communication numérique. Nous sommes parvenus à la conclusion qu'une telle interprétation, qui serait difficilement conciliable avec le texte de cet article, ne serait pas non plus souhaitable d'un point de vue pratique. Etant donné que la désignation comme pays de première publication simultanée de chaque pays de réception potentielle risquerait dans la pratique de vider l'application de la Convention de Berne de sa substance, nous nous sommes penchés sur deux autres points de rattachement pouvant s'appliquer à la première publication : le pays depuis lequel l'œuvre a été téléchargée pour être mise en ligne et le pays où est situé le site Internet qui héberge le contenu. Le premier point de rattachement est problématique pour au moins deux raisons. D'une part, le lieu depuis lequel l'œuvre est téléchargée pour être mise en ligne pourrait n'avoir aucun lien significatif avec l'auteur ou son œuvre : un téléchargement pouvant intervenir n'importe où, l'auteur peut être simplement de passage dans tel ou tel pays lorsqu'il envoie son œuvre vers un site Internet. D'autre part, si l'œuvre a été créée par une pluralité d'auteurs, des téléchargements pourraient être effectués depuis une pluralité de pays, avec pour conséquence que l'identification du pays d'origine ne serait pas nécessairement plus simple.

Le deuxième point de rattachement éventuel, à savoir le lieu où est situé le site Internet depuis lequel l'œuvre est divulguée pour la première fois, semble au premier abord à la fois prévisible et raisonnable. En effet, le site Internet serait réputé jouer le rôle d'un éditeur traditionnel dont le territoire (en supposant que l'œuvre soit diffusée pour la première fois depuis ce territoire) deviendrait le pays d'origine.⁷ Ce concept semble sous-tendre le texte – abandonné par la suite – du projet d'article 3.2) du traité WCT selon lequel : « En appliquant l'article 5.4) de la Convention de Berne, les Parties contractantes considèrent les œuvres [mises à disposition sur les réseaux numériques] comme publiées dans la Partie contractante où les dispositions nécessaires ont été prises en vue de mettre ces œuvres à la disposition du public. » Mais en plus des conclusions négatives à tirer du rejet de ce texte par la Conférence diplomatique de 1996, il peut être trompeur d'assimiler les exploitants de sites Internet à des éditeurs traditionnels. Alors que l'éditeur traditionnel est implanté sur tel ou tel territoire, le lien des exploitants de sites avec un pays déterminé risque d'être plus fortuit et transitoire compte tenu de la mobilité transnationale des activités en ligne. A cela s'ajoute le fait que l'auteur, en choisissant de mettre son œuvre à disposition sur un site donné, ne sait peut-être même pas où est situé concrètement ce site. L'absence éventuelle d'un lien significatif entre l'auteur et la localisation des serveurs hébergeant un site donné fait de cette localisation un lieu discutable pour être désigné comme pays d'origine.⁸ Il importe également de tenir compte d'autres moyens numériques que les sites Internet par lesquels les œuvres sont mises à la disposition du public, y compris les « boîtes » de stockage en ligne dont le contenu est mis à la disposition d'autres utilisateurs du service par le client du service de stockage. La localisation des ordinateurs du service « cloud » ou de son siège risque de ne pas avoir de lien significatif avec l'auteur ou sa création.

Le Groupe d'étude reconnaît que le fait d'interpréter l'article 3.3) comme exigeant que les copies matérielles préexistent à leur acquisition par l'utilisateur final pourrait avoir pour conséquence qu'une œuvre mise à disposition en vue d'être convertie en copie papier (p.ex.

⁷ La Directive « satellite et câble » de l'UE de 1993, en son article 1.2 b) et d) adopte une approche analogue en ancrant l'acte de communication au public dans le pays de la liaison montante (ou le pays dans lequel l'émetteur a son établissement effectif). Mais la Commission n'a pas repris cette approche dans le cas d'Internet compte tenu notamment du fait que le pays de la source de la communication risque souvent d'être à l'extérieur de l'UE.

⁸ Voir, notamment, Reinbothe et von Lewinski, *supra*, n° 20 (« la localisation du serveur relève du hasard et en général le titulaire du droit d'auteur ne peut ni influencer sur cette localisation ni la connaître facilement. N'importe quelle autre détermination éventuelle du lieu de publication dans l'environnement en ligne semblerait constituer une fiction plutôt qu'une interprétation des dispositions existantes. »).

impression à la demande) ne serait donc pas « publiée », même s'il semble y avoir peu de différence fonctionnelle entre l'acquisition d'une copie pré-matérialisée et l'acquisition d'une copie matérialisée au moment de l'achat (ou d'un autre mode d'acquisition licite). En revanche, il pourrait être difficile de tracer la frontière entre l'impression immédiate à la demande (œuvre « publiée » ?) et la mise à disposition de l'œuvre aux fins de téléchargement pour éventuellement être imprimée, gravée sur CD ou matérialisée par un autre mode de réalisation de copies tangibles par la suite (œuvre non « publiée » ?). Le Groupe d'étude reconnaît également que, selon son interprétation, une œuvre qui n'existe que sur un support numérique stocké dans des mémoires informatiques, ce qui pourrait bientôt être le cas des œuvres musicales enregistrées et peut-être de plus en plus celui des œuvres littéraires et photographiques et d'au moins certaines œuvres audiovisuelles, ne sera jamais « publiée » au sens de l'article 3.3). Mais l'éventualité d'une diffusion des œuvres sans « publication » semble déjà être admise sur la scène internationale. Notamment, la Directive de l'UE de 2011 relative à la durée de protection des droits voisins des producteurs de phonogrammes admet à l'article 1.2) qu'un phonogramme peut être mis à disposition sans jamais être « publié » puisqu'elle calcule la durée, soit à compter de la date de la publication, soit à compter de la date de la « communication licite au public » du phonogramme.

Compte tenu des situations absurdes qui risquent de se présenter si le pays d'origine est lié à la divulgation publique dans l'environnement numérique, avec pour conséquence une multiplication des pays d'origine, le Groupe d'étude conclut que le résultat à première vue contre-intuitif selon lequel une œuvre qui n'est diffusée que sous forme numérique dématérialisée n'est jamais « publiée » est la solution la moins problématique. Il importe à cet égard de souligner qu'une œuvre qui, sans être techniquement « publiée », a été divulguée et rendue accessible au public avec le consentement de l'auteur serait, du fait de sa divulgation, soumise aux exceptions au droit d'auteur permises dans les pays de l'Union par l'article 10.1) de la Convention. Autrement dit, la « publication » (spécialement dans le contexte de la *première* publication) est un terme technique qui entraîne des conséquences particulières dans le cadre de la Convention de Berne. Au sens de la Convention, il convient d'employer ce terme avec précision, en évitant de lui donner la signification plus courante de « divulgation publique ».⁹

II Pays d'origine des œuvres ayant une pluralité d'auteurs

Si une œuvre divulguée sur Internet n'était pas (et ne serait peut-être jamais) « publiée » au sens de l'article 3.3) de la Convention de Berne, le point de rattachement selon l'article 5.4)c) serait alors la nationalité de l'auteur (au moment de la création de l'œuvre). Ce critère étant relativement stable, il fournit un point de référence viable s'agissant des œuvres ayant un seul auteur. Mais plus l'œuvre a de coauteurs, plus le nombre de pays d'origine possibles risque d'augmenter, surtout dans l'environnement numérique, propice à des collaborations transnationales. La question qui se pose est donc de savoir s'il est possible dans le cadre de la Convention de Berne de simplifier la détermination du pays d'origine des œuvres non publiées ayant une pluralité d'auteurs. Le Groupe d'étude constate que les problèmes d'interprétation sous-tendant cette détermination ne sont pas limités aux œuvres divulguées sur Internet et que la lacune de la Convention à cet égard touche aux œuvres non publiées dans leur ensemble. Cela dit, le problème est plus aigu dans le contexte des œuvres

⁹ Que les termes « publication » ou « publié » puissent avoir un sens technique qui entraîne certaines conséquences juridiques en plus d'une signification plus imprécise et plus courante n'est pas inconnu des législations nationales sur le droit d'auteur dont notamment la loi des Etats-Unis. Voir Jane C. Ginsburg et Robert A. Gorman, COPYRIGHT: CONCEPTS AND INSIGHTS, 109-12 (2012).

« non publiées » mises à disposition sur Internet et semble donc mériter l'attention du Groupe d'étude et des recommandations de sa part. Il convient d'observer que, dans la mesure où il s'agit de combler une lacune de la Convention et compte tenu des différentes fonctions qu'a la notion de pays d'origine dans le cadre de celle-ci, les approches que nous présentons, tout en étant conformes au texte et à l'objet de la Convention de Berne, ne sont peut-être pas les seules façons de résoudre le problème de l'identification du pays d'origine des œuvres non publiées ayant une pluralité d'auteurs.

Une première approche pourrait consister à suivre la solution de l'article 5.4) a) qui, dans l'hypothèse d'une première publication simultanée dans plusieurs pays de l'Union, désigne le pays ayant la durée de protection (compatible avec la Convention) la moins longue. Mais même si beaucoup de pays ont aujourd'hui adopté un délai de protection du droit d'auteur comprenant la vie plus 70 ans, nombreux sont les pays dont la durée de protection demeure encore la vie plus 50 ans ; par conséquent, la solution qui consiste à désigner le pays ayant la durée de protection la moins longue risque de ne pas simplifier suffisamment les choses.

Mais, à y réfléchir davantage, il n'est peut-être pas nécessaire de réduire à un seul pays l'identification du pays d'origine lorsque c'est l'auteur qui est le point de rattachement au lieu de la publication. Si, en présence d'une pluralité d'auteurs, le pays d'origine peut être tous les pays dont les auteurs sont ressortissants, cela ne veut pas dire que L'ŒUVRE fera l'objet dans chacun de ces pays d'une protection inférieure à celle accordée par la Convention de Berne. En effet, selon l'article 5.1) seul L'AUTEUR local pourrait relever de la législation nationale (qui pourrait accorder moins de protection que les minima conventionnels) ; les auteurs non locaux auraient toujours droit à la protection minimum accordée par la Convention. Ainsi, sur le plan pratique, des pays membres de l'Union de Berne ne pourraient pas imposer des formalités (ou accorder une protection inférieure à la protection minimale conventionnelle) dans le cas d'œuvres créées par une pluralité d'auteurs qui sont ressortissants de différents pays car le pays d'origine de l'un des auteurs n'est pas le pays d'origine des autres auteurs.

Cette approche a pour inconvénient que dans l'hypothèse d'une protection inférieure à celle de la Convention dans un pays membre donné, il faudrait que les demandeurs à l'action en violation du droit d'auteur soient les auteurs non locaux. Cela pourrait augmenter le coût de l'action et, peut-être, priver l'auteur local d'une réparation pécuniaire.

Il existe dans les interstices de la Convention de Berne d'autres pistes pour désigner le pays d'origine. Puisque la définition du pays d'origine donnée par la Convention ne vise pas les œuvres de collaboration, on pourrait combler cette lacune en interprétant le pays d'origine d'une œuvre d'une pluralité d'auteurs comme le pays de la nationalité (ou de la résidence) d'une majorité des coauteurs. Mais dans le cas de collaborations dynamiques, le pays de la majorité risquerait de changer au fur et à mesure de la participation à la création de l'œuvre de nouveaux coauteurs. A défaut de pays majoritaire, ou au lieu d'un tel point de rattachement, les coauteurs pourraient convenir de désigner comme pays d'origine celui de l'un des coauteurs. Dans le cas d'œuvres d'une pluralité d'auteurs créées sur Internet, une telle désignation pourrait être facilement mise en œuvre, par exemple dans les conditions d'accès à l'œuvre de collaboration.

La désignation d'un pays d'origine par les coauteurs pourrait résoudre un autre problème pouvant se poser en cas de création collaborative sur Internet : le pays d'origine d'œuvres anonymes. Si l'œuvre non publiée était vraiment anonyme, elle n'aurait aucun pays

d'origine et n'aurait pas droit à la protection conventionnelle. Mais si certains des coauteurs (ainsi que leur nationalité) étaient connus, l'œuvre ne serait pas considérée comme anonyme. S'il s'agissait d'une œuvre cinématographique dont aucun des coauteurs n'était connu, la nationalité du producteur constituerait le point de rattachement (en supposant que le producteur soit connu), voir l'article 5.4) c) i). Dans le cas d'autres catégories d'œuvres, si aucun des auteurs n'était connu, il pourrait néanmoins y avoir un moyen d'identifier un pays d'origine dans le cadre de la Convention de Berne. Selon l'article 15.3), « l'éditeur » dont le nom est indiqué sur l'œuvre est « réputé représenter l'auteur ». Le mot « éditeur » dans le cadre de l'article 15.3) ne doit pas toujours être compris comme la personne physique ou morale qui « publie » l'œuvre au sens de l'article 3.3). En effet, « l'éditeur » d'œuvres « non publiées » visé par l'article 15.3) pourrait également être compris comme la personne physique ou morale qui rassemble, édite et met à disposition l'œuvre, telle que, par exemple, un wiki. Cette interprétation paraît admissible compte tenu de l'évolution technologique. La nationalité ou le siège de « l'éditeur », en tant que mandataire de l'auteur, pourrait alors constituer le point de rattachement aux fins de l'article 5.4) c).

L'article 15.3) inspire une approche plus générale. Dans le cas d'une œuvre créée par une pluralité d'auteurs – notamment lorsque les différents auteurs participent successivement à son élaboration – et en l'absence d'une désignation collective du pays d'origine, il pourrait être prévu que, quand bien même certains voire l'ensemble des participants seraient connus, la personne physique ou morale ayant assemblé ou mis à disposition l'œuvre sera réputée être l'auteur ou l'éditeur de cette œuvre prise dans son ensemble – sans préjudice de la paternité des contributions personnelles si elles sont identifiables séparément – et que le pays de la nationalité ou du siège de cette personne sera réputé être le pays d'origine. Cette désignation adopte la solution retenue par de nombreuses législations nationales, dont celle des Etats-Unis, pour les œuvres dites « collectives » (catégorie, tout comme celle des œuvres de collaboration, qui n'est généralement pas abordée par la Convention de Berne), telles que les journaux et les encyclopédies. Cette solution comble un vide dans la Convention d'une manière que nous croyons conforme à son objectif global de faciliter la protection internationale effective des œuvres de l'esprit, mais nous sommes conscients que la Convention n'impose pas notre approche. C'est pourquoi cette solution fait partie des interprétations « recommandées », au lieu de figurer parmi les « conclusions » tirées du texte de la Convention.

En général, la localisation du site Internet ou du serveur depuis lequel l'œuvre est divulguée pour la première fois au public risque, dans l'environnement en ligne, de ne plus revêtir l'importance autrefois considérée comme acquise dans le cas du lieu choisi pour la première publication d'exemplaires papier. Etant donné que, dans le contexte en ligne, il pourrait ne plus être justifié de supposer l'existence d'un lien significatif entre l'œuvre et l'endroit sur terre correspondant au lieu virtuel de la première diffusion de celle-ci, le point de rattachement y afférent devrait demeurer la nationalité de l'auteur. Dans l'hypothèse où il existerait une pluralité d'auteurs provenant d'une pluralité de pays, les auteurs pourraient eux-mêmes déterminer le lieu le plus important pour leur activité de création en désignant un pays d'origine. A défaut, si une personne physique ou morale jouait le rôle de coordination assuré par l'éditeur traditionnel d'une œuvre collective, il serait compatible avec le but qui consiste à identifier le pays ayant le lien le plus significatif avec la création et la diffusion de l'œuvre de désigner comme pays d'origine le pays de la nationalité ou du siège du coordinateur de l'œuvre collective.

Le Groupe d'étude reconnaît que les recommandations qu'il présente en cas de pluralité d'auteurs proposent une interprétation nouvelle et progressiste de la Convention de Berne. Lorsqu'il existe, comme dans le cas présent, des vides dans le texte du traité et que se posent des questions qui n'étaient jamais sérieusement envisagées au moment de la formulation du texte d'origine et des révisions ultérieures de la Convention (dont la plus récente remonte à plus de 40 ans), des interprétations tournées vers l'avenir sont particulièrement justifiées. L'absence générale de règles conventionnelles fixes concernant le pays d'origine des œuvres créées par une pluralité d'auteurs peut donc constituer, non pas un obstacle, mais une chance, car elle permet d'interpréter la Convention à la lumière de l'évolution technologique. Les recommandations qui sont proposées assurent la promotion de l'objet général de la Convention – la protection des auteurs – tout en apportant la souplesse nécessaire pour répondre à l'évolution des conditions de création et de diffusion des œuvres de l'esprit.

Conclusions sommaires

1. Une œuvre divulguée uniquement sous forme immatérielle sur un réseau numérique n'est pas « publiée » au sens de l'article 3.3) de la Convention de Berne.
2. Le pays d'origine d'une telle œuvre sera le pays de la nationalité de son auteur au moment de la création de l'œuvre, selon l'article 5.4 c) CB.

Recommandations

3. Si l'œuvre a été créée par une pluralité d'auteurs, le pays d'origine sera le pays de la nationalité d'un coauteur désigné par les coauteurs.
4. En l'absence d'une telle désignation, le pays d'origine sera celui de la nationalité d'une majorité des auteurs connus au moment de la création de l'œuvre.
5. Si aucun des auteurs n'est connu, mais qu'une personne physique ou morale a assemblé et mis à disposition l'œuvre, cette personne sera réputée représenter les auteurs selon l'article 15.3) CB et le pays de la nationalité ou du siège de cette personne sera le pays d'origine.
6. Dans le cas d'une œuvre créée par une pluralité d'auteurs – notamment lorsque les différents auteurs participent successivement à son élaboration – et en l'absence d'une désignation collective du pays d'origine, il peut être prévu aux fins de l'interprétation de l'article 5.4) CB que, quand bien même certains voire l'ensemble des participants seraient connus, la personne physique ou morale ayant assemblé ou mis à disposition l'œuvre sera réputée être l'auteur ou l'éditeur de cette œuvre prise dans son ensemble – sans préjudice de la paternité des contributions personnelles si elles sont identifiables séparément – et que le pays de la nationalité ou du siège de cette personne sera réputé être le pays d'origine.