

RIDA

Revue Internationale du Droit d'Auteur

278

octobre 2023

trimestrielle

REVUE INTERNATIONALE DU DROIT D'AUTEUR

RIDA

**Revue éditée par l'Association Française pour la diffusion
du Droit d'Auteur National et International**

**Review published by l'Association Française pour la diffusion
du Droit d'Auteur National et International**

ADMINISTRATION : Association Française pour la diffusion du Droit d'Auteur
National et International, dite RIDA.

225, avenue Charles-de-Gaulle, 92200 NEUILLY-S./SEINE – FRANCE

Tél. +33 1 47 15 44 69

www.la-rida.com

rida@la-rida.com

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION/DIRECTOR OF PUBLICATION : David
EL SAYEGH

RÉDACTEUR EN CHEF/EDITOR IN CHIEF : Yves GAUBIAC

COMITÉ DE RÉDACTION/EDITORIAL BOARD

Alexandra BENSAMOUN

Caroline BONIN

Jean CASTELAIN

David EL SAYEGH

Yves GAUBIAC

Nicolas MAZARS

Florence-Marie PIRIOU

Pierre SIRINELLI

Leonardo de TERLIZZI

Hubert TILLIET

Directeur de la publication/Director of publication : D. El Sayegh

Dépôt légal/Legal registration : octobrew 2023

SOMMAIRE

278

DOCTRINE

*Durée du droit d'auteur et des droits voisins :
perspectives historique et comparative* 5

Jane C. GINSBURG

Professeure titulaire de la chaire Morton L. Janklow
de droit de la propriété littéraire et artistique, Columbia Law School

Laura MOSCATI

Professeure, Sapienza Université de Rome

*La reconnaissance du système de droit d'œuvre :
un système situé entre le droit d'auteur et le « copyright »* 52

Zhe DAI

Maître de conférences, Faculté de droit
de Jinan Université (Guangdong, Chine)

CHRONIQUE ÉTRANGÈRE

Actualités en matière de droit d'auteur en Amérique latine 98

Rafael FARIÑAS

Avocat, docteur en droit de l'Université centrale du Venezuela (UCV)

Vice-président pour le Venezuela de l'Institut interaméricain
du droit d'auteur (IIDA)

Directeur régional de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs
et compositeurs (CISAC) pour l'Amérique latine et les Caraïbes

BIBLIOGRAPHIE 129

SUMMARY

278

DOCTRINE

*Copyright and neighboring rights duration
in historical and comparative perspective* 133

Jane C. GINSBURG

Morton L. Janklow Professor of Literary and Artistic Property Law
Columbia Law School

Laura MOSCATI

Professor, Sapienza University of Rome

*Acknowledgement of the right of works system:
a system situated between
copyright and authors' rights* 177

Zhe DAI

Lecturer, Jinan University Law School
(Guangdong, China)

FOREIGN CHRONICLE

Current issues on copyright in Latin America 219

Rafael FARIÑAS

Lawyer, Doctor of Law from Universidad Central de Venezuela
Vice President of Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)
Regional Director of International Confederation of Societies of Authors
and Composers (CISAC) for Latin America and the Caribbean

DURÉE DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS VOISINS : PERSPECTIVES HISTORIQUE ET COMPARATIVE

JANE C. GINSBURG,

[Professeure titulaire de la chaire Morton L. Janklow
de droit de la propriété littéraire et artistique,
Columbia Law School*](#)



LAURA MOSCATI,

[Professeure, Sapienza Université de Rome](#)



SOMMAIRE : **I.** Les prémices. Les contributions de Locke et de Napoléon. **II.** La durée en Grande-Bretagne et aux États-Unis aux XVIII^e et XIX^e siècles. **III.** La durée en Europe continentale aux XVIII^e et XIX^e siècles. **IV.** Uniformisation de la durée et internationalisation des droits d'auteur. **V.** L'adoption attendue par les États-Unis d'une durée unitaire du droit d'auteur basée sur la vie de l'auteur. **VI.** Durée et droits voisins. **CONCLUSION**

Tout au long de l'histoire du droit d'auteur, la question de leur durée¹ a suscité des controverses, tant dans les pays de *common law* que dans les pays

* Nous tenons à remercier Brian Zharov, *Columbia Law School* promotion de 2024, pour son aide en matière de recherche et de rédaction pour la partie 2.

de tradition civiliste. Au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, en France et en Grande-Bretagne des procès et des débats parlementaires célèbres ont vu s'opposer les partisans d'une protection longue, voire perpétuelle, aux défenseurs d'un domaine public pour les œuvres dont le droit d'auteur est expiré. Ces limites de temps signifient qu'après une période raisonnable, chacun devrait être libre d'exploiter les fruits du travail créatif d'autrui, que ce soit en concevant des œuvres propres nouvelles ou en diffusant largement l'œuvre sous sa forme originale. L'expiration en 2024, du droit d'auteur concernant « Steamboat Willie », le précurseur de Mickey Mouse, a relancé les discussions concernant le principe d'une durée limitée du droit d'auteur (« *limited Times* » – un temps limité –, selon l'expression figurant dans la constitution des États-Unis). En Europe, l'expiration du délai de protection du « Petit Prince » de St. Exupéry, dans la plupart des pays en 2015 (70 ans suivant la mort de l'auteur), mais en France jusqu'en 2033 (à cause des prorogations de guerre) inspire une prise en conscience similaire des limites temporelles du droit d'auteur. Dans le présent article, nous retraçons l'histoire de la durée du droit d'auteur depuis le XVIII^e siècle jusqu'à la Convention de Berne et les instruments multilatéraux ultérieurs, en passant par l'adoption par les États-Unis, en 1976, d'une durée du droit d'auteur conforme aux normes de Berne.

1. Voir Michel WALTER, « La durée du droit d'auteur : perspectives historiques – convergence des systèmes (Introduction) », p. 315 in *The duration of copyright and related rights : ALAI Study Days 2010 Vienna = La durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins : ALAI Journées d'Études 2010 Vienne = La duración del derecho de autor y de los derechos conexos : ALAI Jornadas d'Estudio 2010 Viena, Vienna 2012* (évoquant brièvement les origines historiques).

I. LES PRÉMICES : LES CONTRIBUTIONS DE LOCKE ET DE NAPOLÉON

Dès lors que les droits d'auteur sont considérés comme une forme de droit de propriété, la durée devient l'une des questions les plus controversées et un facteur discriminant dans l'évolution historique de ces droits. La relation entre la durée et le droit d'auteur dans les pays de tradition civiliste commence à la fin du XVIII^e siècle. Auparavant, à partir de la fin du XV^e siècle, sous le régime des privilèges en imprimerie, il n'existait pas de durée de protection uniforme ; les souverains accordaient des durées différentes, parfois en fonction de la nature ou de la valeur perçue des œuvres, tandis que certains privilèges n'étaient pas limités dans le temps ou pouvaient être reconduits successivement.² Malgré ces différences de durée, les privilèges en matière d'impression partageaient bon nombre des caractéristiques des droits de propriété : ils étaient cessibles et transmissibles, et pouvaient être appliqués par le biais d'une procédure légale et de recours juridiques, y compris des amendes et la destruction des copies contrefaites et des moyens de leur production.³

Notre analyse porte principalement sur la durée des droits patrimoniaux des auteurs ; en ce qui concerne les droits moraux, la protection perpétuelle dans la plupart des pays de tradition civiliste est un sujet central depuis leur origine.⁴ En

2. Walter, *supra* note n° 1, p. 315-316.

3. Voir en particulier Jane C. GINSBURG, « Proto-Property in Literary and Artistic Works : Sixteenth-Century Papal Printing Privileges », in I. ALEXANDER, H. T. GOMEZ-AROSTEGUI (dir.), *The History of Copyright Law. A Handbook of Contemporary Research*, 2015, p. 237-267.

4. Voir Laura MOSCATI, « Origins, Evolution and Comparison of Moral Rights between Civil and Common Law Systems », *Eur. Bus. Law Rev.*, n° 32, 2021, p. 25-52.

revanche, dans le système de *common law*, ces droits, après avoir fait l'objet de luttes pour leur reconnaissance, coïncident généralement avec les droits patrimoniaux.

La première élaboration théorique concernant la relation entre la durée et le droit d'auteur provient de John Locke et précède la première loi sur le droit d'auteur. Il s'agit du *Memorandum on the Licensing Act*⁵ de 1694, ouvrage qui fut publié seulement au milieu du XIX^e siècle – mais qui était déjà connu du Parlement britannique comme en attestent les discussions à l'occasion d'une nouvelle loi sur les licences en 1695 –, qui visait à concilier les intérêts économiques des auteurs et ceux du public. Locke proposait que la propriété de l'œuvre soit attribuée à l'auteur pour toute sa vie majorée d'une durée supplémentaire de 50 ou 70 ans avant son passage dans le domaine public⁶. En outre, il a également proposé que le délai soit calculé à partir de la première publication de l'œuvre.

Locke ouvre ainsi la voie à ce qui deviendra le schéma classique de la durée des droits d'auteur dans le monde civiliste, avec la reconnaissance de la propriété de l'auteur ainsi qu'une durée établie en faveur des héritiers : « Et pour ceux qui achètent des copies d'auteurs qui vivent et écrivent maintenant, il peut être raisonnable de limiter leur propriété à un certain nombre d'années après la mort de l'auteur ou la première impression du livre, par exemple 50 ou 70 ans »⁷.

5. John LOCKE, « Memorandum (ca. 1694) », in P. KING (dir.), *The Life and Letters of John Locke*, London, 1858, p. 202-209, intitulé « His Observation on the censorship (ca. 1694) » et dans M. GOLDIE (dir.), *Political Essays*, 1997 (dont proviennent les citations).

6. Voir Laura MOSCATI, « Un « Memorandum » di John Locke tra Censorship e Copyright », *Riv. stor. dir. it.*, n° 76, 2004, p. 69-89; la même, *Diritti d'autore. Storia e comparazione nei sistemi di civil law e di common law*, 2020, p. 26-39.

7. J. LOCKE, *supra* note n° 5, p. 337.

Locke devance également les raisons essentielles qui seront au cœur de la durée fixée dans les pays de *common law*, où celle-ci commence à partir de la première publication de l'œuvre : « Et qu'il soit en outre décrété qu'aucun livre, pamphlet, portrait ou papier imprimé avec le nom de l'auteur ou de l'éditeur ne sera réimprimé avec ou sans le nom de l'auteur dans les [blanc] années suivant sa première édition sans l'autorisation écrite de l'auteur ou de quelqu'un habilité par lui [...] pour lesdits livres, le privilège conféré à l'auteur dudit livre, à ses exécuteurs testamentaires, administrateurs et ayants droit, de réimprimer et de publier uniquement ledit livre pendant [blanc] années à compter de sa première édition »⁸.

En ce qui concerne les pays de tradition civiliste, dès le début du XVIII^e siècle, les principes sur les droits d'auteur identifiés et soutenus par Locke, ainsi que ses réflexions ultérieures sur la durée, exerceront une forte influence en France. Les savants des Lumières s'accordent sur l'attribution de droits de propriété aux auteurs, mais s'opposent à l'introduction d'une limite temporelle, préconisant fermement une durée perpétuelle des droits d'auteur. Cette vision est partagée par des représentants majeurs de la pensée juridique tels que D'Héricourt, Diderot, David, ainsi que quelques lois et décrets en 1777⁹. En particulier, l'une de ces lois accorde aux auteurs et à leurs héritiers des privilèges exclusifs à perpétuité¹⁰.

8. *Ibid.*, p. 338.

9. Voir Laura MOSCATI, « Napoléon et la propriété intellectuelle », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 84, 2006, p. 551-567 ; la même, *Diritti d'autore*, *supra* note n° 6, p. 74.

10. F.-A. ISAMBERT, J.-F. DECRUSY, A.-J.-L. JOURDAN, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789*, Volume 29, Paris, Belin-Leprieur et Plon 1821-1833, p. 108-128. Il y a six édits promulgués à la même époque, et même s'ils portent tous sur le même sujet, le premier est celui qui suscite le plus d'intérêt.

Ainsi, en Europe continentale, la problématique de la durée des droits d'auteur présente un certain nombre de caractéristiques. À ce titre, la Révolution française, et l'abolition des privilèges qu'elle entraîne dès août 1789, constituent un des moments charnières qui conduit à revoir la question en faveur d'une législation spécifique sur les droits d'auteur, et à débattre de l'introduction d'une limite temporelle à la propriété des auteurs.

En 1791, le législateur révolutionnaire Le Chapelier prononça son célèbre discours sur les droits du public au libre établissement des théâtres et sur les droits des auteurs d'œuvres dramatiques. Ce discours est célèbre pour son affirmation que « [l]a plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis en parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain. »¹¹ Le Chapelier ne considère pas pour autant cette propriété comme absolue ou illimitée. Au contraire, il reconnaît que « cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés ». Et l'une de ces différences, sur laquelle Le Chapelier insiste, est la durée. Comme Locke, Le Chapelier déplore la mainmise des monopolistes (dans son cas, la *Comédie française*, plutôt que la *Stationers'Company* – corporation anglaise des libraires, imprimeurs et éditeurs) sur les œuvres d'écrivains morts depuis longtemps et propose :

« comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelque fruit de leur travail, il faut que, pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne

11. Rapport Le Chapelier, Paris (1791), in *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises... Première série (1787 à 1799)*, XXII, Paris, Paul Dupont 1819, p. 212.

puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie. Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain. »

La période fixe souhaitée par les auteurs dramatiques et approuvée par Le Chapelier, était la vie de l'auteur, et les cinq années suivant sa mort :

« pour les auteurs & leurs héritiers ou cessionnaires la propriété la plus entière de leurs ouvrages pendant leur vie & cinq ans après leur mort, ils reconnaissent et même ils invoquent les droits du public, & ils n'hésitent pas à avouer qu'après le délai de cinq ans, les ouvrages des auteurs sont une propriété publique. »

La formulation de l'article II du décret de 1791 fait écho à la qualification de Le Chapelier : « Les ouvrages des auteurs morts depuis cinq ans & plus sont une propriété publique [. . .] » L'article III a quant à lui établi un droit exclusif d'exécution publique pour les auteurs vivants (et, implicitement, pour les héritiers pendant cinq ans)¹².

Ainsi, le premier texte sur le droit d'auteur en Europe continentale a défini deux propriétés, celle de l'auteur sur ses œuvres pendant sa vie et celle du public sur ces mêmes œuvres, cinq ans après la mort de l'auteur. Le domaine public ne limitait pas seulement les droits exclusifs de l'auteur, il faisait partie

12. Décret relatif aux spectacles du 13-19 janvier 1791, *Bulletin des lois*, II, n. 27, Paris, Imprimerie Nationale 1793, p. 4-6.

intégrante du système du droit d'auteur. Le droit d'auteur ne récompense pas seulement la créativité des nouveaux auteurs, il réduit également les monopoles sur les œuvres des auteurs décédés.

En Europe continentale, un des textes les plus importants concernant les droits de reproduction des auteurs est le décret français de 1793, établissant, après la mort de l'auteur, une durée caractéristique du modèle français, qui correspond à toute la vie de l'auteur et à dix ans après sa mort pour les héritiers¹³. Contrairement au décret de 1791, le texte de 1793 n'incorpore pas la locution de « propriété publique », mais, comme nous le verrons, le concept était implicite dans la notion de durée limitée.¹⁴

Cette législation accélère le développement de la durée des droits d'auteur et se propage largement aux autres pays européens. C'est en effet la base sur laquelle se réalisent les différentes lois nationales de protection des droits d'auteur, sur le principe de droits limités dans le temps. Il s'agit d'un moment clé permettant de mieux comprendre l'évolution future de la propriété intellectuelle, et notamment en ce qui concerne la problématique de la durée.

13. Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits, en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs, 19-24 juillet 1793, *Bulletin des lois*, IV, n. 615, Paris, Imprimerie Nationale 1839, p. 307-310, art. 7 : « Les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartient aux beaux-arts, en auront la propriété exclusive pendant dix années ».

14. En effet, le discours de Lakanal présentant la loi de 1793 remet en cause l'expression « propriété publique », dans le cas des œuvres publiées : « L'impression peut d'autant moins faire des productions d'un écrivain une propriété publique, dans le sens où les corsaires littéraires l'entendent, que l'exercice utile de la propriété de l'auteur ne pouvant se faire que par ce moyen, il s'ensuivrait qu'il ne pourrait en user, sans la perdre à l'instant même. ». Voir *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Vol. 69, Paris, Paul Dupont 1905, p. 186-187.

Depuis, et jusqu'à la Directive européenne de 2011 relative à la durée¹⁵, les limites temporelles du droit d'exploitation économique ont été constamment revues à la hausse pour atteindre la durée actuelle de 70 ans *post mortem auctoris*, selon l'idée que la protection est amplifiée par l'allongement du temps.

Ainsi, un nouveau type de propriété est établi en France avec les lois de 1791 et 1793. Cependant, l'introduction d'un temps limité a conduit à l'absence de toute disposition sur la protection des auteurs dans le Code Napoléon, car les droits de propriété y sont fondés sur la notion pleine et absolue de la propriété elle-même, y compris sa perpétuité. Par ailleurs, un débat constant et profond entre le législateur et les juristes s'est poursuivi tout au long du siècle.

Une analyse de l'intervention de Napoléon au Conseil d'État en 1808, qui mettait en balance les droits des auteurs et ceux du public, est à ce titre intéressante. Non seulement il considère l'introduction d'une limite temporelle comme indispensable et centrale pour restreindre la demande de perpétuité, mais il offre un nouvel éclairage sur la signification de la limite des droits d'auteur. Tout comme Locke, Napoléon pensait également que le développement de l'éducation serait encouragé par la prévention de la dispersion du contrôle des œuvres savantes entre une multitude de successeurs : « N*** dit que la perpétuité de la propriété dans les familles des auteurs, aurait des inconvénients. Une propriété littéraire est une propriété incorporelle, qui,

15. Directive 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins [2011] OJ 2011 L 265.

se trouvant dans la suite des temps et par le cours des successions, divisée entre une multitude d'individus, finirait, en quelque sorte, par ne plus exister pour personne; car, comment un grand nombre de propriétaires, souvent éloignés les uns des autres, et qui, après quelques générations, se connaissent à peine, pourraient-ils s'entendre et contribuer pour réimprimer l'ouvrage de leur auteur commun? Cependant s'ils n'y parviennent pas, et qu'eux seuls aient le droit de le publier, les meilleurs livres disparaîtront insensiblement de la circulation. Il y aurait un autre inconvénient non moins grave; le progrès des lumières serait arrêté, puisqu'il ne serait plus permis ni de commenter ni d'annoter les ouvrages, les gloses, les notes, les commentaires ne pouvant être séparés d'un texte qu'on n'aurait pas la liberté d'imprimer »¹⁶.

Napoléon reconnaît donc la nature patrimoniale des droits sur les œuvres d'auteur, mais ne souhaite pas les assimiler complètement à la pleine propriété. En effet, la référence explicite à la « propriété incorporelle » marquera profondément la pensée juridique française ultérieure. C'est ainsi que Napoléon oblige les juristes à réfléchir sur la nature des droits d'auteur relatifs à la durée.

L'intervention de Napoléon dans la réglementation des droits d'auteur a étendu la durée des droits *post-mortem* de dix à vingt ans par le décret de 1810 : « D'ailleurs, un ouvrage a produit à l'auteur et à ses héritiers tout le bénéfice qu'ils peuvent naturellement en attendre, lorsque le premier a eu le droit exclusif de le vendre pendant toute sa vie, et les autres pendant les dix

16. Voir « Rapports et questions sur la législation de l'Imprimerie et de la Librairie », in J.-G. LOCRIÉ, *Discussion sur la liberté de la presse, la censure, la propriété littéraire, l'imprimerie et la librairie*, 9 septembre 1808, Paris, Garnery 1819, p. 23.

ans qui suivent sa mort. Cependant, si l'on veut favoriser davantage encore la veuve et les héritiers, qu'on porte leur propriété à vingt ans »¹⁷.

Les considérations de Locke et de Napoléon constituent des éléments décisifs de la corrélation entre la durée et le droit d'auteur. Locke cherchait, par l'introduction d'une limite de temps, à lutter contre le monopole des libraires car l'absence de concurrence se traduisait par des éditions coûteuses et de mauvaise qualité. Il avait pour objectif de protéger les droits des auteurs contemporains, mais aussi de défendre la science en mettant fin au monopole des libraires sur les œuvres majeures du passé. Une fonction éducative est donc inhérente à sa pensée.

Napoléon n'a pas à se préoccuper du problème du monopole des libraires, puisqu'il a été surmonté par l'abolition des privilèges en 1789, puis par la loi de 1793. Il s'agit pour lui de protéger le domaine public de la connaissance qui, avec l'ombre de la perpétuité des droits des héritiers, aurait empêché le libre accès du public aux œuvres scientifiques.

II. LA DURÉE EN GRANDE-BRETAGNE ET AUX ÉTATS-UNIS AUX XVIII^E ET XIX^E SIÈCLES

Tout au long des XVIII^e et XIX^e siècles, le concept juridique de la durée du droit d'auteur a subi des transformations substantielles tant en Grande-Bretagne qu'aux États-Unis, ces derniers ayant généralement suivi l'exemple des premiers. En Grande-Bretagne, au cours des XVI^e et XVII^e siècles, la volonté

17. *Ibid.* Napoléon fait référence au Décret impérial contenant Règlements sur l'Imprimerie et la Librairie, *Bulletin des lois*, XII, 5 février, art. 39 (Imprimerie Nationale 1810).

de la Couronne de contrôler l'imprimerie s'est traduite par un système de licences conférant à une corporation, la *Stationers' Company*, et non aux auteurs individuels, un monopole perpétuel sur la publication et l'impression des livres. Toutefois, ce régime basé sur la corporation a radicalement changé avec l'adoption du *Statute of Anne* (1710), la première loi sur le droit d'auteur promulguée après l'expiration du *Licensing Act* de 1695. Alors que le *Statute of Anne* « était essentiellement une codification des pratiques de longue date de la *Stationers' Company* », la nouvelle loi limitait la durée du droit d'auteur à 14 ans, renouvelable pour 14 années supplémentaires si l'auteur était encore en vie à l'expiration de la première période.¹⁸ Les œuvres déjà publiées bénéficiaient d'une durée de droit d'auteur unique de 21 ans.¹⁹

Fait notable, le langage, employé dans la loi promulguée, centré sur l'auteur, s'éloignait radicalement de la pratique centrée sur l'édition ou la corporation qui avait dominé et continuait de dominer l'industrie de l'édition. Néanmoins, la formulation très centrée sur l'auteur dans la loi, « l'accent mis sur l'auteur [...] impliquant que la loi sur le droit d'auteur était un droit d'auteur, était [à une exception près] plus une question de forme que de fond »²⁰. L'exception était la rétrocession de tous les droits aux auteurs qui survivaient à la période initiale de 14 ans. L'article 11 du *Statute of Anne* prévoyait que « le seul droit reviendra à l'auteur » au début d'une seconde période de 14 ans.²¹

18. Mark Rose, « The Author as Proprietor : *Donaldson v. Becket* and the Genealogy of Modern Authorship », *Representations*, 1988, n° 23, p. 52.

19. 8 Anne c. 19 (1710) (*Statute of Anne*) (en langue anglaise).

20. Cf. Rose, *supra* note n° 18, p. 56.

21. Voir de manière générale, L. BENTLY et J. C. GINSBURG, « «The sole right shall return to the Author » : Anglo-American Authors' Reversion Rights from the Statute of Anne to

Cependant, à partir des années 1730, lorsque les droits d'auteur ont commencé à expirer, les sociétés d'édition ont commencé à lutter contre la fin de leurs monopoles, en soutenant que le *Statute of Anne* n'avait en réalité pas remplacé le droit de *common law* préexistant inhérent aux œuvres d'auteur. En conséquence, le monopole perpétuel préexistant à la promulgation de la loi persistait, même après 1710. C'est ainsi que ce que l'on appelle la « bataille des libraires » s'est poursuivie les décennies suivantes et au cours desquelles les principaux détenteurs de droits d'auteur se sont tournés vers les tribunaux pour maintenir leur emprise sur l'imprimerie et la librairie et le *statu quo* antérieur à 1710 des monopoles d'édition perpétuels. La décision de 1774 dans l'affaire *Donaldson v. Becket*²² a marqué un tournant dans la « bataille des libraires », la Chambre des Lords ayant annulé une décision de la Cour du King's Bench selon laquelle le *Statute of Anne* ne limitait pas le droit d'auteur de la *common law* qui avait précédé sa promulgation. En effet, l'affaire « était si fondamentale que toute l'industrie de l'édition était impliquée et, étant directement concernée par l'issue de l'affaire, la presse a naturellement accordé une attention particulière à cette question »²³.

L'affaire concernait le poème « *The Seasons* » du poète écossais James Thomson, dont les droits d'auteur auraient été achetés par Thomas Becket et d'autres éditeurs littéraires britanniques. Becket et les autres éditeurs britanniques ont allégué que le défendeur, l'imprimeur écossais Alexander Donaldson, avait violé leurs droits d'auteur sur le poème. Donaldson a

Contemporary U.S. Copyright », *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 25, 2010, p. 1475 et s. Les tribunaux britanniques ont par la suite considéré le droit de réversion comme cessible, affaiblissant ainsi le but de ce droit centré sur l'auteur.

22. 4 Burr. 2408, 7 Bro. P.C. 88 (H.L. 1774).

23. Cf. Rose, *supra* note n° 18, p. 52.

rétorqué que la période statutaire du droit d'auteur ayant expiré, l'œuvre était en fait dans le domaine public. La Chambre des Lords a soumis à douze juges cinq questions concernant l'existence d'un droit de *common law* exécutoire avant le *Statute of Anne* et l'extinction des droits de *common law* par le *Statute of Anne*.²⁴ Les juges ont reconnu un droit de première publication en vertu de la *common law*, qui s'étendait à perpétuité, même après la publication. Néanmoins, ils ont ensuite statué que le *Statute of Anne* a supplanté ce régime de *common law*. Bien que les conclusions de l'affaire concernant les cinq questions ne soient pas claires – ce débat étant renforcé par l'ambiguïté du vote des juges sur chaque question – ce qui est certain, c'est que, quelle qu'aurait été la *common law* telle qu'elle existait avant 1710, le *Statute of Anne* a substitué une durée limitée pour le droit d'auteur. En conséquence, la Chambre des Lords a annulé l'injonction.²⁵

24. Alors que douze juges étaient présents, seuls onze d'entre eux ont répondu aux questions. Le *Lord Chief Justice Mansfield*, en tant que membre de la Chambre des Lords, a refusé de répondre aux questions en raison de sa participation à une affaire précédente, *Millar v. Taylor* 4 Burr. 2303, 2417 (K.B. 1769).

Les questions étaient les suivantes :

« 1. Selon la *common law*, est-ce que l'auteur d'un livre ou d'une composition littéraire avait le droit exclusif de l'imprimer et de le publier pour la vente, et pouvait intenter une action contre toute personne qui l'imprimait, le publiait et le vendait sans son consentement ?

2. Si l'auteur possédait initialement ce droit, la loi le lui a-t-il retiré lorsqu'il a imprimé et publié ce livre ou cette composition littéraire, et toute personne pouvait-elle par la suite réimprimer et vendre pour son propre compte ce livre ou cette composition littéraire contre la volonté de l'auteur ?

3. Si cette action relevait de la *common law*, est-elle supprimée par le *Statute 8 Anne*, et l'auteur est-il, en vertu de cette loi, privé de tout recours, sauf sur la base de cette loi et des conditions qui y sont prescrites ?

4. En vertu de la *common law*, l'auteur d'une composition littéraire et ses ayants droit ont-ils le droit exclusif d'imprimer et de publier cette composition à perpétuité ?

5. Ce droit est-il remis en cause, limité ou supprimé par le *Statute 8 Anne* ? », « Proceedings in the Lords on the Question of Literary Property », *Parliamentary History of England*, Vol. 17, 1774, p. 970–971.

25. 4 Burr. 2408, 2 Bro. P.C. 129 (H.L. 1774).

En 1814, soit quelques décennies plus tard, la Grande-Bretagne a modifié le *Statute of Anne* en portant la durée du droit d'auteur à 28 ans ou à la durée de vie de l'auteur, selon celle de ces deux périodes qui est la plus longue.²⁶ Il est intéressant de noter que le fantôme de la « bataille des libraires » a fait son chemin jusqu'à la Chambre des communes, certains membres du Parlement estimant que le droit d'auteur était encore « un droit à perpétuité ».²⁷ Malgré les fervents défenseurs d'une durée perpétuelle du droit d'auteur, le *Copyright Act* (Loi sur le droit d'auteur) de 1814 a maintenu le principe de la durée limitée du droit d'auteur du *Statute of Anne*, tout en prévoyant une durée plus longue basée sur la vie de l'auteur. Selon Catherine Seville, « il est possible de considérer la loi de 1814 comme une avancée en ce qui concerne la place de l'auteur dans la loi sur le droit d'auteur, car pour la première fois, la durée de vie de l'auteur est un élément important dans le calcul de la durée »²⁸.

Au milieu du XIX^e siècle, les efforts visant à prolonger la durée du droit d'auteur se sont poursuivis sous l'impulsion d'un membre de la Chambre des communes, Sir Thomas Noon Talfourd. Entre 1837 et 1841, Talfourd a présenté au Parlement plusieurs versions d'un projet de loi sur le droit d'auteur, ayant suscité une forte opposition. Alors que le projet de loi de Talfourd a suscité la controverse en raison de sa « dimension internationale » – une question de politique étrangère que le Parlement considérait comme inappropriée pour un projet de loi – « l'aspect du projet de loi de Talfourd qui a été le plus discuté,

26. *An Act to amend the several Acts for the Encouragement of Learning, by securing the Copies and Copyright of Printed Books, to the Authors of such Books or their Assigns*, 1814, 54 Geo. III, c.156.

27. House of Commons, Leg. Record, 10 mai 1814, p. 810-11, disponible à l'adresse suivante : https://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/uk_1814b_1.pdf

28. Catherine SEVILLE, *Literary Copyright Reform in Early Victorian England : The Framing of the 1842 Copyright Act*, 1999, p. 4.

et qui a fini par être considéré comme sa caractéristique distinctive, était sa tentative d'augmenter la durée du droit d'auteur de la durée existante de la vie de l'auteur (ou de vingt-huit ans si l'auteur est décédé avant que 38 ans ne se soient écoulés depuis la première publication), à la durée de la vie de l'auteur, puis à soixante ans après sa mort »²⁹. Comme ce fut le cas au siècle précédent, les débats parlementaires de 1842 sur la prolongation de la durée du droit d'auteur ont donné lieu à une lutte acharnée entre, d'une part, l'accent mis sur les droits des auteurs et, d'autre part, les tendances antimonopolistiques. En effet, comme l'énonce Mark Rose, « la controverse du dix-neuvième siècle sur la campagne de Talfourd en faveur du droit d'auteur peut être considérée comme une réitération des débats du dix-huitième siècle sur la propriété littéraire »³⁰.

À l'opposé de Talfourd se trouvait Thomas Babington Macaulay, dont le discours de 1841 à la Chambre des communes, souvent cité, souligne les craintes suscitées par la prolongation de la durée du droit d'auteur :

« Le principe du droit d'auteur est le suivant. Il s'agit d'une taxe sur les lecteurs dans le but d'accorder une prime aux écrivains. Cette taxe est extrêmement mauvaise ; c'est une taxe sur l'un des plaisirs humains les plus innocents et les plus salutaires ; et n'oublions jamais qu'une taxe sur les plaisirs innocents est une récompense pour les plaisirs vicieux. »³¹

29. Cf. Seville, *supra* note n° 28, p. 17-18.

30. Mark ROSE, « Nine-Tenths of the Law : The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, 2003, p. 84.

31. THOMAS B. MACAULAY, « A Speech Delivered in the House of Commons » (5 février 1841), *VIII The Life and Works of Lord Macaulay*, London, Longmans, Green, and Co. 1897, p. 201.

Macaulay admet qu'« il est bon que les auteurs soient rémunérés, et le moyen le moins discutable de les rémunérer est le monopole ».³² Cependant, la position de Macaulay est claire : « Le monopole est un mal. Pour le bien, nous devons nous soumettre au mal, mais le mal ne doit pas durer plus longtemps qu'il n'est nécessaire pour garantir le bien ».³³ Macaulay a également affirmé qu'une durée de vie limitée accorderait aux œuvres juvéniles d'un auteur (présumées moins dignes d'intérêt) une protection temporelle supérieure à celle de ses œuvres plus matures.³⁴

Après des années de débats parlementaires, de concessions et compromis, la Loi sur le droit d'auteur de 1842 a finalement été adoptée. Alors que Talfourd avait espéré que la durée du droit d'auteur soit égale à la vie de l'auteur plus soixante ans *post mortem*, la loi a étendu la durée du droit d'auteur à quarante-deux ans à compter de la première publication ou à la vie de l'auteur majorée de sept ans, la durée la plus longue étant retenue. Lors des élections générales de 1841, Talfourd a perdu son siège au Parlement et Lord Mahon a poursuivi les efforts de Talfourd en faveur d'une nouvelle législation sur le droit d'auteur (bien que Mahon ait été plus enclin aux compromis).

32. *Ibid.*, p. 199.

33. *Ibid.*

34. Thomas B. MACAULAY, « The Second Speech on Copyright, » prononcé à la Chambre des Communes (6 avril 1842), *Macaulay's Speeches on Copyright and Lincoln's Address at Cooper Union*, Éditions Charles Robert Gaston, 1914, p. 30 : « Les jeunes gens, sans aucun doute, ont souvent produit des œuvres de grand mérite ; mais il serait impossible de nommer un écrivain de premier ordre dont les œuvres de jeunesse aient été les meilleures. Le fait que tous les livres les plus précieux [...] ont été produits par des hommes d'âge mûr est difficilement contestable [...] Je ne connais aucune œuvre d'imagination de la plus haute qualité qui ait jamais été produite, à quelque époque ou dans quelque pays que ce soit, par un homme de moins de trente-cinq ans. »

L'Amérique du XVIII^e siècle et du XIX^e siècle a suivi l'exemple britannique en ce qui concerne la durée du droit d'auteur. Avant même l'adoption de la Constitution américaine, tous les États, à l'exception du Delaware, s'étaient dotés de législations en matière de droit d'auteur. Dès le 18 août 1787, James Madison a proposé aux rédacteurs de la Constitution américaine une disposition visant à « garantir aux auteurs littéraires leurs droits d'auteur pour une durée limitée »³⁵. Il s'agit au final du précurseur de la clause relative à la propriété intellectuelle de la Constitution des États-Unis, Article I, Section 8, qui confère au Congrès le pouvoir de « promouvoir le progrès de la science et des arts utiles, en assurant, pendant des temps limités, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif sur leurs écrits et sur leurs découvertes respectifs ». Toutefois, la Constitution ne définit ni ne limite l'expression « en assurant pour un temps limité ». Le Congrès a toutefois adopté en 1790 un *Copyright Act* (Loi sur le droit d'auteur) qui, semblable – en fait, presque mot pour mot – au *Statute of Anne*, fixe la protection du droit d'auteur à quatorze ans et prévoit une seconde période de quatorze ans si l'auteur est toujours vivant après la première période.

En matière de durée de la protection, les changements ultérieurs importants au sein de la législation américaine sur le droit d'auteur sont intervenus avec la promulgation de la loi de 1831 sur le droit d'auteur, qui a modifié la loi de 1790 en portant la durée initiale à vingt-huit ans; elle a également supprimé l'exigence selon laquelle l'auteur devait être vivant à la fin de la période initiale de quatorze ans, ce qui a permis d'accorder aux veuves

35. M. FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. III, Editions Max Farrand, 1937, p. 477-78.

et aux enfants des détenteurs de droits d'auteur décédés les droits de réversion de l'auteur (qui continuaient d'être acquis après quatorze ans). L'adoption de la loi de 1831 résulte en grande partie des pressions exercées par Noah Webster.³⁶ Webster a été particulièrement influencé par l'extension de la durée des droits d'auteur à vingt-huit ans en Angleterre.³⁷ En conséquence, avec l'aide de son gendre, le député William Wolcott Ellsworth, Webster a fait pression avec succès sur le Congrès pour qu'il adopte la loi de 1831. Ellsworth se fait d'ailleurs l'écho de l'objectif de son beau-père pour l'adoption de la loi, comme l'indique le rapport du Comité judiciaire (*Committee on the Judiciary*) de la Chambre des représentants : « [L'objectif principal du projet de loi est] d'allonger la période de jouissance du droit d'auteur et ainsi de placer les auteurs de ce pays sur un pied d'égalité avec les auteurs d'autres pays ».³⁸

Cette tendance à prolonger la durée du droit d'auteur s'est poursuivie au tournant du 20^e siècle, lors de la troisième révision majeure de la loi américaine sur le droit d'auteur (*Copyright Act*), promulguée en 1909.³⁹ Alors que la loi de 1909 conservait la durée initiale de vingt-huit ans, elle étendait la durée de renouvellement pour qu'elle corresponde à celle de la durée initiale : vingt-huit ans, sous réserve de la présentation d'une demande de renouvellement dans les délais impartis. Fait notable, dans les années précédant l'adoption de la loi de 1909, une forte pression avait été exercée pour réviser le système de

36. Voir de manière générale, Oren BRACHA, « Commentary on the U.S. Copyright Act 1831 », in Lionel BENTLY & Martin. KRETSCHMER (dir.), *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, 2008, disponible à l'adresse suivante : www.copyrighthistory.org.

37. Voir N. WEBSTER, « Origin of the Copy-right Laws of the United States », *A Collection of Papers on Political, Literary and Moral Subjects*, New York, 1843, p. 175.

38. *Register of Debates*, vol. 7, appendix CXIX (1830).

39. 17 U.S.C. §§ 24, 26 (1909).

durée du droit d'auteur afin qu'il soit basé sur la vie de l'auteur. Par exemple, le 30 janvier 1907, le représentant Currier de l'Oregon et sa commission ont présenté aux commissions des brevets (*Patent Committees*) de la Chambre et du Sénat un projet de loi qui aurait accordé au titulaire d'un droit d'auteur un délai à vie majoré de trente ans (à condition que le titulaire du droit d'auteur, à l'expiration d'une période de vingt-huit ans à compter de la première publication, notifie au Bureau du droit d'auteur son intention de prolonger ce délai pour une durée complète).⁴⁰ De même, le célèbre auteur Mark Twain avait fait pression en faveur d'une durée du droit d'auteur à vie, en préconisant une durée de protection à vie majorée de 50 ans ou de 42 ans à compter de la première publication, la durée la plus longue étant retenue.⁴¹

Néanmoins, cette initiative échoua et la loi de 1909 se fixa finalement sur une durée de 56 ans. Comme la Cour suprême l'a expliqué plus tard, « [L]e problème spécifique auquel le Congrès a été confronté [était] : faut-il une seule période de longue durée, comme le prévoyait le projet de loi résultant des conférences tenues par le bibliothécaire du Congrès, ou faut-il deux périodes plus courtes? Les commissions de la Chambre et du Sénat ont opté pour cette dernière solution. »⁴² En particulier, « en prévoyant deux durées de droits d'auteur, chacune d'une durée relativement courte, le Congrès a permis à l'auteur de vendre son « droit d'auteur » sans perdre ses droits de renouvellement. Si le

40. H.R. Rep. No. 7083, 59th Cong., 2d Sess. (1907) (reporting H.R. 25133).

41. Voir les arguments devant les Commissions des brevets au Sénat (S. 6330) et à la Chambre des représentants (H.R. 19853), 59^e Congrès, 1^{re} session, p. 116-21 (1906), reproduits dans BRYLAWSKI & GOLDMAN, *Legislative History of 1909 Copyright Act*, Part J, Vol. 4, Éd. Brylawski & A. Goldman, 1976, p. 116-21.

42. *Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons*, 318 U.S. 643, 653 (1943).

droit d'auteur de l'auteur s'étendait sur une durée unique et plus longue, la vente du « droit d'auteur » mettrait fin à l'ensemble de ses intérêts. »⁴³

En effet, le contexte législatif des dispositions relatives à la durée de la loi de 1909 montre comment la combinaison de la durée et de la titularité, qui soutient depuis sa création la législation fédérale américaine sur le droit d'auteur, a constitué le principal obstacle à l'adoption d'une durée unitaire. Comme l'explique *The Publisher Against the People*, un pamphlet influent publié pendant les débats sur la loi de 1909, – critiquant la proposition d'adopter une durée unitaire basée sur la vie de l'auteur – :

« La seconde période de quatorze ans accordée à l'auteur, à sa veuve ou à ses enfants est toujours un avantage distinct et important pour lui, et jamais un inconvénient, car si l'auteur a conclu un marché inapproprié avec son éditeur pour la première période, ses inconvénients peuvent être corrigés par un marché pour la seconde période, avec une connaissance plus sûre de la valeur de vente de l'œuvre. La loi proposée omet complètement cette disposition salutaire et, en vertu de celle-ci, l'éditeur acquerra, et l'auteur se séparera à jamais, de l'ensemble des intérêts de l'œuvre non seulement pour la durée conditionnelle à vie, mais aussi pour la durée absolue de trente ans à compter de son décès, à moins que l'auteur ne se réserve la propriété du droit d'auteur, ce qui se produit rarement. »⁴⁴

43. *Ibid.*, p. 653-54.

44. Barbara RINGER, « Studies on Copyright No. 31 : Renewal », p. 118, (citant William A. Jenner, *The Publisher Against the People*, 1907, p. 61), in *Copyright Law Revision : Studies Prepared For The Subcomm. On Patents, Trademarks, & Copyrights, S. Judiciary Comm., 86th Cong., Studies*, p. 29-31 (Comm. Print 1961), disponible à l'adresse suivante : <https://www.copyright.gov/history/studies/study31.pdf>

Au cours des débats sur le projet de loi de révision du droit d'auteur, le vent semble avoir tourné définitivement contre la durée unitaire lorsque le représentant Currier, alors président de la Commission des brevets de la Chambre des représentants, compétente pour le projet de loi de révision, fait la déclaration suivante, – dont « l'importance... peut difficilement être surestimée »⁴⁵ – :

« M. Clemens [le célèbre auteur américain Mark Twain] m'a dit qu'il avait vendu les droits d'auteur de son œuvre *Voyage des innocents* pour une somme très modique, et qu'il n'avait tiré que très peu de bénéfices du *Voyage des innocents* jusqu'à l'expiration de la période de vingt-huit ans, et que son contrat ne couvrait pas la période de renouvellement, et que pendant les quatorze années de la période de renouvellement, il avait pu en tirer tous les bénéfices. »⁴⁶

Le rapport de la Chambre des représentants accompagnant le projet de loi final souligne l'importance d'une structure à deux périodes pour les auteurs :

« La durée actuelle de vingt-huit ans, avec un droit de renouvellement pour quatorze ans, est souvent insuffisante. Les durées, prises ensemble, devraient être suffisamment longues pour donner à l'auteur le droit exclusif sur son œuvre pendant une période telle qu'il n'y aurait aucune

45. Ringer, *supra* note n° 44, p. 119.

46. *Ibid.*, citing Hearings Before Committees on Patents on Pending Bills, 60th Cong., 1st Sess. 20 (1908).

probabilité qu'elle lui soit retirée dans sa vieillesse, au moment où, peut-être, il en aura le plus besoin. »⁴⁷

Ainsi, comme nous le verrons dans la partie suivante, alors que les nations européennes s'efforçaient à cette époque d'uniformiser la durée du droit d'auteur en fonction de la durée de vie de l'auteur, les États-Unis ont maintenu une double durée du droit d'auteur, calculée à partir de la publication. Une double motivation sous-tendait la persistance des États-Unis à conserver ce système de renouvellement : « permettre à la grande majorité des œuvres protégées par le droit d'auteur de tomber dans le domaine public à la fin d'une courte période déterminée »⁴⁸ et préserver la possibilité pour les auteurs de récupérer des droits précédemment cédés, souvent à des conditions défavorables.

III. LA DURÉE EN EUROPE CONTINENTALE AUX XVIII^E ET XIX^E SIÈCLES

En la matière, une contribution essentielle qu'il convient d'évoquer provient de la pensée juridique française du XIX^e siècle, tout particulièrement celle de Pardessus et de Renouard, et leurs théories sur la relation entre la propriété corporelle et incorporelle qui prend en compte la durée des droits et leur nature différente.⁴⁹ Au même moment cependant un nombre important de commentateurs français

47. H.R.Rep. No. 2220, 60th Cong., 2d Sess. (1908), p. 14.

48. B. RINGER, *supra* note n° 44, p. 117-18, citant le Rapport de la Chambre des représentants (H.R. REP. NO. 7083, 59th Cong., 2d sess, 14 (Pt. 1,1907).

49. Dès la première édition de son Cours de droit commercial (Vol. 4, Paris, Garnery 1814-1816), Pardessus introduit l'analyse de la propriété intellectuelle. Cependant, il faut reconnaître qu'il avait déjà exprimé les mêmes concepts dans J.-M. PARDESSUS, *Éléments de jurisprudence commerciale*, Paris, Durand 1811, pp. 88-93 ; A.-CH. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Vol. 2, Paris, Renouard et Cie.1838-1839. Sur Pardessus et Renouard, voir Laura MOSCATI, *supra* note n° 4, p. 28-34.

débattaient encore de l'opportunité d'éliminer les limites temporelles en faveur des droits perpétuels, que seules quelques législations nationales (Mexique, Guatemala et Pérou) ont introduits entre le XIX^e et le XX^e siècle.

Pardessus et Renouard étaient tous deux favorables à une durée limitée, bien que dans un contexte où l'aspect temporel des droits d'auteur était très controversé dans la science juridique contemporaine. Pardessus a également contribué à théoriser un premier noyau de droits moraux d'auteur pour protéger l'auteur en tant qu'individu. Contrairement aux autres, ces droits seraient perpétuels et inaliénables.

À partir du milieu du XIX^e siècle, le délai commence à exercer une fonction d'harmonisation sur la législation relative aux droits d'auteur, qui s'avère de plus en plus indifférente aux frontières nationales. En ce sens, en Europe continentale, *le droit d'auteur* (en opposition au *copyright*) a été adopté comme modèle en raison de l'uniformité substantielle des lois nationales dérivées du système français. Bien qu'exclue du Code civil, la loi française de 1793 s'est d'abord implantée dans les territoires occupés par Napoléon, puis dans les principaux pays européens. Ce modèle découle de l'importance et de la nouveauté de la législation, avec quelques différences mineures par rapport à la version originale. Ces dernières concernent notamment la durée des droits *post mortem*, mais n'affectent pas autrement la substance des droits, laissant un impact marqué sur les législations des différents pays.

De ce point de vue, il semble que l'histoire de la durée des droits d'auteur se développe selon quelques grandes tendances, elles-mêmes étroitement liées. Tout

d'abord, on peut dire que depuis le XIX^e siècle, la durée des droits d'auteur a bénéficié d'un champ d'application territorial de plus en plus étendu, parallèlement à la protection des droits eux-mêmes. D'abord limitée aux contextes des États-nations individuels, elle transcende leurs frontières pour se projeter dans les relations interétatiques, au départ par le biais de conventions bilatérales ou trilatérales.

Le premier traité bilatéral, la Convention austro-sarde de 1840⁵⁰, avait étroitement lié la notion de domaine public à la fin de la durée de protection des auteurs et de leurs héritiers. La présence du principe d'une durée limitée dans la Convention constitue le premier exemple de droit international en la matière.⁵¹ Elle demeure un cas isolé pour une longue période, et il convient d'en reconnaître la singularité, à l'exception de certaines législations nationales. En outre, il est singulier que le principe du domaine public ait été explicitement exprimé dans un traité international. L'article 24 stipule qu'« à l'expiration des délais fixés dans les art. 18, 19, 20, 21 et 22, les œuvres et les productions du génie et de l'art tomberont dans le domaine public »⁵², et considérant qu'il

50. *Convention entre S. M. le Roi de Sardaigne et S. M. l'Empereur d'Autriche en faveur de la propriété littéraire, et pour empêcher la contrefaçon des productions scientifiques, littéraires et artistiques*, in *Traité publics de la royale maison de Savoie*, VI, Turin, Imprimerie royale 1844, p. 156-167, 22 mai 1840.

51. *Ibid.*, art. 24.

52. En revanche, les articles 18 (1) et (2) de la Convention de Berne mentionnent le domaine public comme relevant des législations nationales; la Convention semble supposer, mais n'exige pas, que les États membres reconnaissent le domaine public.

(1) La présente Convention s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de la protection.

(2) Cependant, si une œuvre, par l'expiration de la durée de la protection qui lui était antérieurement reconnue, est tombée dans le domaine public du pays où la protection est réclamée, cette œuvre n'y sera pas protégée à nouveau.

s'agit des règles des lois nationales, telle que la loi prussienne de 1837⁵³, qui contient cette disposition dans ses propres principes essentiels.

En ce qui concerne le concept de domaine public, il est intéressant d'analyser la pensée du grand écrivain Alessandro Manzoni, qui était également un excellent juriste en matière de propriété intellectuelle. La réimpression des *Fiancés* de Manzoni en 1845 par l'éditeur florentin Felice Le Monnier, sans le consentement de l'auteur, a donné lieu à une bataille judiciaire qui a duré vingt ans et dont on se souvient largement dans l'histoire de la littérature. L'affaire a été moins étudiée sur le plan juridique, à la lumière de l'application de la convention austro-sarde susmentionnée, mais elle fournit une base commune pour les droits d'auteur dans les différents États italiens avant l'unification du pays.⁵⁴

Il est intéressant de noter que dans le cadre de son action en justice, Manzoni analyse la définition du domaine public, qu'il a tirée du *Dictionnaire de l'Académie française* et qu'il a traduite littéralement⁵⁵. Il met en évidence que l'effort pour définir la propriété littéraire du public « n'a pas concerné et ne concerne pas en cette matière un droit autre que celui qui attribue aux auteurs, comme nés de la chose elle-même, échangeant de plein droit un titre de suprême équité qui, pour devenir droit positif, a besoin d'un acte législatif,

53. Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung (Loi sur la protection de la propriété des œuvres scientifiques et artistiques contre la reproduction et la copie), *Preußische Gesetzsammlung*, 1837, p. 165-171.

54. Laura MOSCATI, *Alessandro Manzoni «avvocato». La causa contro Le Monnier e le origini del diritto d'autore in Italia*, 2017.

55. *Dictionnaire de l'Académie française*, I, Paris, 1835, 6^e éd., p. 571.

qui, en outre, en toute équité, lui est dû ». ⁵⁶ Cette analyse du principe du domaine public était liée à la propriété des auteurs et rejetée par Manzoni précisément parce qu'elle renvoyait au régime de la propriété, qu'il refusait. À ce titre, Manzoni fait un lien entre le concept de domaine public et la propriété : « l'idée antérieure que les œuvres ont été à l'origine la propriété des auteurs est nécessaire pour former le concept de leur passage dans le domaine public [...] dans une argumentation visant à établir une propriété littéraire du public. » ⁵⁷

En effet, selon Manzoni, l'objectif du législateur dans l'établissement d'un domaine public doit consister à limiter la propriété de l'auteur.

L'expression « domaine public » n'est apparue que récemment dans le langage et les réflexions sur le droit d'auteur. Dans la législation de l'Europe continentale, l'expression remonte en France au rapport de Philippe-Paul de Ségur de la Commission de 1837 sur un projet de loi concernant la propriété littéraire. Ce rapport exprimait que la propriété des auteurs est la même que toute autre sorte de propriété avec la seule différence qu'après la mort

56. Laura MOSCATI, supra note n° 54, Testi, Giudizio di Cassazione. Memorie di parte, doc. 2, p. 231 : « non vedeva e non vede in questa materia altro diritto, se non quello che attribuisce agli autori, come nato dalla cosa stessa, scambiando per diritto un titolo di somma equità il quale, per diventare diritto positivo, ha bisogno d'una prescrizione legislativa, che, del resto, in via d'equità, gli è dovuta ». Traduction : « Il n'a pas vu et ne voit pas en la matière d'autre droit, sinon celui qui attribue aux auteurs, comme né de la chose elle-même, en échange d'un droit, un titre de la plus haute équité qui, pour devenir droit positif, exige un commandement législatif, lequel, d'ailleurs, en toute équité, lui est dû. »

57. *Ibid.*, p. 237 : « l'idea antecedente dell'essere le opere state originariamente proprietà degli autori, è necessaria per formare il concetto del loro esser passate nel dominio pubblico [...] in un ragionamento dove si voglia stabilire una proprietà letteraria del pubblico ». Traduction : « l'idée préalable que les œuvres sont originellement la propriété de leurs auteurs est nécessaire à la notion de chute dans le domaine public [...] suivant une logique où l'on souhaite établir un droit de propriété littéraire dans le public [...] ». »

de l'auteur, elle tombe dans le domaine public.⁵⁸ Ce principe a été rappelé dans les travaux préparatoires du projet de 1839 et dans les modifications ultérieures apportées par le Conseil d'État à un autre projet de 1861⁵⁹. Il sera ensuite transposé en Grande-Bretagne et aux États-Unis⁶⁰.

La situation italienne en la matière – injustement négligée par les études sur le sujet⁶¹ – se caractérise d'abord par des éléments distinctifs : la fragmentation politico-juridique de la péninsule ne permettait pas une application adéquate à l'encontre des contrevenants, ce qui compromet, à tout le moins, l'efficacité des dispositions. En effet, les États souverains qui composent la péninsule prévoient des durées de protection différentes.⁶² Avec l'unification de l'Italie en 1861, plus rien ne s'opposait à la reconnaissance d'une protection adéquate des auteurs. La loi de 1865⁶³ a balayé les dispositions antérieures qui caractérisaient la péninsule et a établi une durée unique des droits d'auteur, avec des caractéristiques particulières, valable pour l'ensemble du territoire national italien.

58. Voir F. WORMS, *Étude sur la propriété littéraire*, II, Paris 1878, p. 37.

59. *Ibid.*, p. 66-67, p. 280.

60. Sur le domaine public dans le monde anglo-américain, voir Jessica LITMAN, « The Public Domain », *Emory L. J.*, Vol. 39, 1990, p. 95, désormais dans Robert.P. MERGES, A.L. LANDERS (dir.), *Intellectual Property and the Public Domain*, 2017, auquel on peut également se reporter pour d'autres contributions spécifiques. La notion de domaine public, dans le rapport entre le droit européen et le droit américain, est également étudiée dans la doctrine : voir l'ouvrage de Jane C. GINSBURG de 2006, ultérieurement traduit et intégré dans : « Une chose publique ? Le domaine de l'auteur et le domaine public aux premiers siècles du droit d'auteur britannique, français et américain », in Laurent PFISTER, Yves MAUSEN (dir.), *La construction du droit d'auteur entre autarcie et dialogue*, 2013, p. 101-152.

61. Voir *supra* note n° 1.

62. Voir É. BLANC, A. BEAUME, *Code général de la propriété industrielle littéraire et artistique*, Paris 1854, *passim* ; J. PATAILLE, A. HUGUET, *Code international de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, Paris 1855, *passim*.

63. *Legge del 25 giugno 1865 n. 2337 sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno dell'ingegno [GU]* (*Loi n° 2337 du 25 juin 1865 sur les droits dus aux auteurs d'œuvres intellectuelles*), *Gazzetta ufficiale delle leggi e decreti del Regno d'Italia*, n° 162, 1865.

Tout d'abord, la loi établit que les droits de l'auteur sur son œuvre doivent s'étendre à toute la période de sa vie, conformément à la position consolidée en Europe au cours du XIX^e siècle. Parmi ces droits, les droits de reproduction et de vente commencent à partir de la première publication de l'œuvre et se composent de deux périodes distinctes de quarante ans chacune⁶⁴. En cas de décès de l'auteur avant l'expiration de la première période de quarante ans, ses héritiers continuent d'exercer les mêmes droits jusqu'au terme susmentionné. Au cours de la seconde période, il n'est pas nécessaire d'obtenir une autorisation spécifique pour utiliser l'œuvre, mais le titulaire des droits d'auteur recevra un pourcentage de 5 % du prix brut de chaque copie de l'œuvre⁶⁵. Ainsi, l'idée novatrice de la « compensation équitable », qui convertit un droit réel en un droit à rémunération, est introduite par la technique de protection connue plus tard sous le nom de « domaine public payant », typique du droit italien, bien qu'elle ait été par ailleurs discutée dans la doctrine et figurait dans les projets français susmentionnés⁶⁶.

La seconde des tendances qui caractérisent l'histoire de la durée des droits d'auteur est celle d'une extension temporelle de la protection pure et simple, notamment en ce qui concerne les droits des héritiers. En effet, la prolongation des droits de l'auteur sur son œuvre pour une période équivalente à la durée de sa vie a été très tôt reconnue. Pour les droits *post-mortem*, en revanche, on passe de la durée initiale de dix ans de la loi française de 1793 à des périodes de protection de plus en plus longues. Les étapes cruciales de ce parcours sont sans doute les lois édictées sur la base française et adoptées par les différents

64. *Ibid.*, art. 8, par. 1.

65. *Ibid.*, art. 9, par. 2.

66. Voir CH. LYON-CAEN, P. DELALAIN, *Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique...*, I, Paris 1889, pp. XXXIV-XXXV.

États européens au cours du XIX^e siècle, représentant un terrain fertile pour l'harmonisation. Après la Convention austro-sarde, plusieurs autres traités bilatéraux ou multilatéraux entre pays européens, et notamment la France, introduisent une durée de trente ans, favorisant le processus d'harmonisation au niveau international au milieu du même siècle.

IV. UNIFORMISATION DE LA DURÉE ET INTERNATIONALISATION DES DROITS D'AUTEUR

Ainsi, à l'heure des grandes conventions internationales, l'Europe ouvre un processus irréversible d'internationalisation de la protection des droits d'auteur combiné avec une extension temporelle uniforme de la durée de la protection des droits d'auteur. Celle-ci est établie depuis la révision à Berlin en 1908 de la Convention de Berne de 1886⁶⁷, à laquelle certains pays, et notamment les États-Unis, n'ont pas adhéré. La Convention de Berne, et ses révisions⁶⁸, est le traité international sur les droits d'auteur le plus ancien et le plus contraignant encore en vigueur⁶⁹. Il convient toutefois de noter que le texte original de 1886 ne traitait pas de la durée des droits d'auteur. Cette question sera abordée par la révision de Berlin de 1908, qui fixe la durée des droits d'auteur à une période équivalente à la vie entière de l'auteur ainsi qu'à cinquante ans après sa mort. Il s'agit d'un moment crucial, car cette durée de protection ne sera pas revue

67. Voir *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Berlin le 13 novembre 1908*, article 7.

68. *Convention de Berne concernant la création d'une union internationale pour la protection des œuvres littéraire et artistiques du 9 septembre 1886*, reproduit dans *Recueil des Traités de la France*, XX, Paris 1889, p. 398-420.

69. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979.*

à la hausse avant la fin du xx^e siècle, et ce généralement dans le cadre du droit national ou régional de l'UE plutôt que dans celui d'instruments multilatéraux.⁷⁰

L'Acte de Berlin a joué un rôle fondamental dans l'histoire de la durée. Il convient de noter qu'il établit la durée de 50 ans de *post mortem auctoris* comme durée minimale de protection,⁷¹ laissant aux États membres la possibilité de l'allonger, mais non de la réduire.

L'histoire de cette protection d'une durée de 50 ans est complexe et fascinante. Elle est le fruit d'une longue évolution qui a commencé précisément en 1866, avant la signature de la Convention de Berne, lorsque la France a adopté une loi qui étendait la durée des droits d'auteur à toute la vie de l'auteur. À l'issue de cette durée, 50 ans s'ajoutent après la mort de l'auteur, au profit des héritiers.⁷² Cette loi a été précédée par les projets susmentionnés réalisés par des commissions spécifiques dans le but d'instituer une loi nouvelle et complète, différente de celle de 1810 alors en vigueur. Tous ces projets s'opposaient aux demandes de protection perpétuelle en augmentant la durée des droits *post-mortem*.⁷³

70. L'article 9 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1966 constitue une exception étendant la durée de protection des photographies de la durée minimale de 25 ans à compter de la création prévue à l'art. 7 (4) de la Convention de Berne, à la durée générale de 50 ans *post mortem auctoris*. Des accords bilatéraux ultérieurs ont toutefois étendu la durée de 50 à 70 *post mortem auctoris*, voir, par exemple, US-Australia Free Trade Agreement (2005), et l'article 17.4 (4) (a), <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text>

71. À l'exception des photographies et des œuvres cinématographiques (50 ans à compter de la mise à disposition du public), l'art. 7 (2).

72. *Loi sur les droits des héritiers et des ayant cause des auteurs*, in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois*, LXVI, Paris, 1834, 2nde éd., p. 270-308, art. 1.

73. Je me réfère au projet de la Commission de la propriété littéraire de 1825, dans lequel la durée des droits héréditaires a été portée à cinquante ans, à celui des années 1840 promu par Lamartine avec l'intention de porter la durée à trente ans, et à la Commission de 1863, qui cherchait encore à acquérir la perpétuité des droits héréditaires.

Au xx^e siècle, la durée des droits d'auteur prend de nouvelles caractéristiques par rapport au passé, reflétant la force d'un secteur établi sur un standard minimum de protection partagé, garanti par les importantes conventions internationales. Au début du siècle, l'aspect de la durée en Italie était encore formellement réglementé par la loi de 1865 et le texte consolidé de 1882. Cependant, l'évolution incessante de l'institution de la protection des auteurs, les revendications des auteurs en question, et surtout l'Acte de Berlin de la Convention de Berne, ont poussé le législateur italien à revoir le domaine pour éviter de conserver une protection anachronique des droits d'auteur. À partir de 1906, et donc avant l'Acte de Berlin, trois projets de loi sur les droits d'auteur ont été publiés, dans lesquels la durée des droits de *post mortem auctoris* était unanimement fixée à cinquante ans⁷⁴. À partir de ces prémisses, le législateur a approuvé une nouvelle loi qui a été promulguée au milieu des années 1920⁷⁵.

L'Italie a été l'un des premiers pays d'Europe à aligner sa législation sur les dispositions de la révision de Berlin de 1908, afin d'étendre la durée légale garantie à cinquante ans après la mort de l'auteur.⁷⁶

Le texte de 1925 prévoit un terme *a quo* différent selon la nature de l'œuvre, qui coïncide avec la publication pour toutes les œuvres et avec la

74. Concernant ces lois, voir Laura MOSCATI, « Sulla parodia e la causa D'Annunzio-Scarpetta », *Liber Amicorum Marco D'Alberti*, Torino, 2022, p. 870-881.

75. *Regio decreto legge 7 novembre 1925 n. 1950. Disposizioni sul diritto di autore* (Décret-loi royal n° 1950 du 7 novembre 1925. Dispositions relatives au droit d'auteur), GU 20 novembre 1925, n. 270.

76. *Ibid.*, art. 26.

première exécution ou représentation pour les spectacles, les œuvres musicales et toutes les autres œuvres destinées à être exécutées devant un public⁷⁷.

Cet acte donne également une définition mature des droits moraux. La durée fixée à cinquante ans *post mortem auctoris* ne s'appliquait qu'aux droits d'exploitation économique, les droits moraux n'ayant pas de date d'expiration⁷⁸. Peu après, par la révision de la Convention de Berne à Rome en 1928, l'article 6^{bis} reconnaissait le principe de la protection contre toute déformation nuisible à la réputation de l'auteur et celui de la paternité et confiait aux législations nationales la tâche de décider de la manière dont ces droits devaient être mis en œuvre. Mais les droits moraux après la mort de l'auteur n'ont pas réussi à bénéficier d'une protection internationale, bien qu'ils soient mentionnés dans la première résolution avancée par la délégation italienne et adoptée à la fin de la Conférence de Rome de 1928⁷⁹.

Par ailleurs, il convient de souligner l'importance de la loi de 1925 en ce qui concerne la réglementation de la durée, car cette loi fixe une durée pour les

77. *Ibid.*, art. 28-30.

78. *Ibid.*, art. 16 : *'Indipendentemente dai diritti patrimoniali riconosciuti dagli articoli precedenti, l'autore ha, in ogni tempo, azione per impedire che la paternità della sua opera sia disconosciuta, o che l'opera sia modificata, alterata o deturpata in modo da recare grave ed ingiusto pregiudizio ai suoi interessi morali'*. Traduction : « Indépendamment des droits patrimoniaux reconnus dans les précédents articles, l'auteur a, à tout moment, un droit d'action pour empêcher la non-reconnaissance de son droit de paternité sur l'œuvre, ou la modification, l'altération ou les changements déléteurs de l'œuvre de manière à porter un préjudice grave et injuste à ses intérêts moraux. »

79. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Rome le 2 juin 1928*, Rome 1928, art. 6^{bis}. Voir Laura MOSCATI, "I diritti morali e la Conferenza di Roma del 1928 per la revisione della Convenzione di Berna", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 44, 2015, p. 465-484.

La révision de Bruxelles de 1948 prévoyait que la durée des droits « après sa mort, maintenue au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux et exercés par les personnes ou institutions auxquelles cette législation donne qualité. »

droits patrimoniaux qui sera suivie par la loi successorale de 1941, toujours en vigueur, bien qu'elle ait été modifiée à cet égard à une époque assez récente⁸⁰. Pour les droits moraux, la perpétuité reste inchangée⁸¹.

C'est en effet la différence de durée qui a créé un problème d'uniformité et de circulation des œuvres entre les pays de tradition civiliste et de *common law*. En ce sens, la nécessité s'est fait sentir d'étendre les principes contenus dans la Convention de Berne aux pays qui n'y avaient pas adhéré, notamment les États-Unis. Leur adhésion aurait représenté un changement radical dans le système national de protection des droits d'auteur. Il suffit de considérer que les lois américaines de 1831 et 1909 et canadiennes de 1875 établissent une durée de protection fixe, mais renouvelable, contrairement à la Convention de Berne qui prévoit une durée unique basée sur la vie de l'auteur et une limite définie pour les héritiers.

La Convention universelle sur le droit d'auteur, signée à Genève en 1952⁸², a très probablement été conçue pour étendre aux pays considérés comme importants dans la circulation des œuvres intellectuelles les dispositions relatives à la durée régies par l'Acte de Berlin. Aujourd'hui, cette convention joue un rôle résiduel, étant donné que les États-Unis ont également adhéré à la Convention de Berne vers la fin du siècle dernier par le *Berne Convention Implementation Act* de 1988⁸³.

80. *Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* (Loi n° 633 du 22 avril 1941 sur la protection du droit d'auteur et des autres droits liés à son exercice), art. 25.

81. *Ibid.*, art. 20.

82. *Convention universelle sur le droit d'auteur* signée à Genève le 6 septembre 1952, préambule.

83. *Berne Convention Implementation Act of 1988*, 17 U.S.C. 101. Voir Laura MOSCATI, « Some considerations on moral rights in the USA and in the EU today », *DPCE online*, n° 42, 2020, p. 189-198.

Dans le préambule de la Convention de Genève, l'intention de sauvegarder les droits des auteurs et de garantir un régime de protection adéquat pour tous les pays – y compris ceux qui n'ont pas encore adhéré à la Convention de Berne – est claire.

La durée des droits d'auteur est régie par la loi de l'État contractant où la protection a été demandée, et non par l'État dans lequel l'œuvre a été publiée pour la première fois⁸⁴. La Convention de Genève fixe la durée de la protection à un minimum correspondant à la vie de l'auteur et à 25 ans après sa mort⁸⁵. Il s'agit d'une durée beaucoup plus courte que celle établie à Berlin, qui comprend, comme nous l'avons déjà dit, toute la vie de l'auteur plus 50 ans après sa mort.

La Convention de Genève s'adresse également aux États membres qui ne calculent pas la durée des droits d'auteur en prenant leur vie comme point de référence, mais en partant de la première publication de l'œuvre⁸⁶. La Convention prévoit que la durée de protection ne peut être inférieure à 25 ans à compter de la première publication ou du premier enregistrement de l'œuvre. Il existe des règles spécifiques dans le cas où la législation d'un État, comme aux États-Unis, prévoit deux durées de protection successives. Dans ce cas, la première ne peut être inférieure à la durée minimale prévue.

84. *Convention universelle sur le droit d'auteur supra* note n° 82, art. IV, par. 1 : « La durée de la protection de l'œuvre est réglée par la loi de l'État contractant où la protection est demandée conformément aux dispositions de l'article II et aux dispositions ci-dessous. »

85. *Ibid.*, art. IV, par. 2 : « La durée de protection pour les œuvres protégées par la présente Convention ne sera pas inférieure à une période comprenant la vie de l'auteur et 25 années après sa mort. »

86. *Ibid.*, art. IV, par. 2.1.

En outre, la règle de la durée la plus courte est introduite, elle-même déjà établie par la Convention de Berne. La règle est formulée différemment dans les textes des deux traités. La Convention de 1952 fait référence à la catégorie des œuvres de l'esprit⁸⁷, tandis que celle de Berne considère les œuvres indépendamment de leur catégorie⁸⁸. Selon cette règle, qui répond à un besoin de réciprocité, la durée de la protection est limitée à la période spécifiée par la loi du pays d'origine de l'œuvre. Elle ne s'étend pas à celle du pays où la protection est demandée si cette durée est plus longue que celle du pays d'origine.

La Convention de Genève est née d'un compromis entre deux mouvements opposés. D'une part, les États membres de la Convention de Berne étaient déterminés à étendre la protection internationale des droits d'auteur aux États qui n'y avaient pas adhéré, sans mettre en péril le niveau élevé de protection requis par la Convention de Berne.⁸⁹ D'autre part, les États non membres de la Convention de Berne étaient désireux d'adhérer à un système de protection internationale qui avait déjà montré certains points à améliorer, sans porter atteinte au système défini et perçu comme immuable sur lequel leur propre droit interne avait été fondé jusqu'à ce moment-là. De ce point de vue, la Convention de 1952 a atteint un objectif historique de compromis qui reste d'actualité. C'est dans cette perspective qu'il convient

87. *Ibid.*, art. IV, par. 4.

88. *Convention de Berne, supra*, art. 7.

89. D'où la « clause de sauvegarde de Berne » énoncée à l'article XVII de la Convention universelle sur le droit d'auteur et de la déclaration qui l'accompagne, en vertu de laquelle « Les œuvres qui, aux termes de la Convention de Berne, ont comme pays d'origine un pays ayant quitté, postérieurement au 1^{er} janvier 1951, l'Union internationale créée par cette Convention, ne seront pas protégées par la Convention universelle du droit d'auteur dans les pays de l'Union de Berne ».

d'interpréter la durée réduite des droits *post mortem* par rapport à celle des révisions de Berlin de 1908 et de Bruxelles de 1948.

V. L'ADOPTION ATTENDUE D'UNE DURÉE DE PROTECTION UNITAIRE BASÉE SUR LA VIE DE L'AUTEUR PAR LES ÉTATS-UNIS

En partie pour faciliter l'adhésion ultérieure à la Convention de Berne, la révision générale du droit d'auteur aux États-Unis qui a abouti au *Copyright Act* (Loi sur le droit d'auteur) de 1976 (toujours en vigueur, bien que fréquemment modifiée) a abandonné la double durée de 28 ans en faveur d'une durée unitaire de 50 ans plus la durée de vie de l'auteur.⁹⁰ Comme l'a souligné une étude de 1957 sur la durée, réalisée à la demande de la sous-commission des brevets, des marques et des droits d'auteur (*Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights*) de la Commission judiciaire du Sénat « les droits d'auteur ne sont pas des droits de l'homme » :

« Aucun pays au monde n'a adopté de dispositions sur la durée exactement comme celles qui figurent dans la loi américaine et, à l'exception des îles Philippines, aucun n'a adopté quoi que ce soit de semblable [...].

Dans presque tous les pays du monde qui accordent une protection au titre du droit d'auteur, la durée est, dans le cas d'œuvres dont l'auteur

90. *Copyright Act of October 1976* (Public Law 94-553, 90 Stat. 2541 17 U.S.C. sec. 302 (a) (1976). Pour les œuvres anonymes, les œuvres pseudonymes et les œuvres réalisées pour le compte d'autrui, la durée était de 75 ans à compter de la publication, id sec. 302 (c). La durée a été prolongée de 20 ans par le *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* de 1998, Public Law 105-298, 112 Stat. 2827, modifiant le chapitre 3 du titre 17 du code des lois fédérales.

est une personne physique identifiée, la vie de l'auteur plus un nombre déterminé d'années après sa mort. »⁹¹

De plus, la justification des droits des auteurs qui a motivé le maintien de la structure à deux termes dans la loi de 1909 a perdu beaucoup de son pouvoir à la suite d'une décision de la Cour suprême en 1943 qui a estimé, au nom de la liberté contractuelle, que la cession par l'auteur du terme de renouvellement l'obligeait à transmettre le second terme de 28 ans, sans compensation supplémentaire pour l'auteur.⁹² Cette décision de la Cour suprême a eu pour effet d'anéantir le droit de rétrocession, car la cession du délai de renouvellement est devenue systématique.

Le contexte législatif de la loi de 1976 montre clairement que les auteurs et leurs bénéficiaires considéraient la durée comme la principale question à réformer. Comme l'a affirmé la commission de la Chambre des représentants chargée de superviser la révision de 1976 :

91. James J. GUINAN, JR., « Studies on Copyright No. 30 : Duration », 1957, p. 59, in *Copyright Law Revision Studies*, préparé pour la sous-commission des brevets, des marques et des droits d'auteur de la Commission judiciaire, Sénat des États-Unis, quatre-vingt-sixième Congrès, deuxième session, *Studies*, p. 29-31, disponible à l'adresse suivante <https://www.copyright.gov/history/studies/study30.pdf>

92. *Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons*, 318 U.S. 643, 656 (1943). La Cour a réfuté les arguments selon lesquels le délai de renouvellement visait à protéger les auteurs, en tant que parties plus faibles, contre les cessions inéquitables : « On nous demande de reconnaître que les auteurs sont congénitalement irresponsables, qu'ils sont souvent tellement à court d'argent qu'ils sont prêts à vendre leur travail pour une somme dérisoire et que, par conséquent, les cessions qu'ils effectuent ne devraient pas être acceptées [...]. Nous ne pouvons pas tirer un principe de droit à partir de ces histoires familières de pauvreté de certains hommes de lettres [...]. Nous n'avons pas de connaissances suffisamment sûres sur la paternité d'un ouvrage [...] ou sur la psychologie des écrivains et compositeurs doués pour nous permettre, en tant que juges, d'introduire dans la législation du Congrès un déni de la liberté des auteurs de disposer de leurs biens possédés par d'autres. Si les auteurs ont des habitudes qui les rendent vulnérables par intermittence, ils n'en ont pas moins un esprit d'indépendance qui s'opposerait à ce qu'ils soient traités comme des pupilles sous la tutelle de la loi. »

« À quelques exceptions près, le principe d'une durée du droit d'auteur correspondant à la vie de l'auteur et à 50 ans après sa mort, tel qu'il figure dans le projet de loi, semble bénéficier d'un large soutien. En particulier, les auteurs et leurs représentants ont souligné que l'adoption d'une durée de vie plus 50 ans était de loin leur objectif législatif le plus important dans la révision de la loi sur le droit d'auteur. Le directeur du Registre des droits d'auteur considère désormais la durée de vie plus 50 ans comme le fondement de l'ensemble du projet de loi. »⁹³

De plus, le système de renouvellement qui semblait central dans la loi de 1909 avait été considéré en 1976 comme imposant un fardeau injustifié aux auteurs. Le même rapport de la commission de la Chambre des représentants déclarait sans équivoque que :

« L'une des pires caractéristiques de la loi actuelle sur le droit d'auteur est la disposition relative au renouvellement du droit d'auteur. Cette exigence peu claire et très technique, qui constitue une charge et une dépense considérables, entraîne des quantités incalculables de travail inutile. Dans un certain nombre de cas, elle est la cause de la perte involontaire et injuste des droits d'auteur. Dans le cadre d'un système à vie plus 50 ans, le dispositif de renouvellement serait inapproprié et inutile. »⁹⁴

93. H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong. 2d Sess. p. 133 (1976).

94. *Ibid.*, p. 134.

Les considérations relatives à la protection internationale ont également fortement influencé le passage à une durée de vie unique plus 50 ans :

« La nécessité d'aligner la durée du droit d'auteur américain sur celle qui prévaut dans le reste du monde se fait de plus en plus pressante afin d'apporter certitude et simplicité dans les transactions commerciales internationales. Plus important encore, un changement de la base de la durée de nos droits d'auteur placerait les États-Unis au premier rang de la communauté internationale des droits d'auteur. Sans ce changement, la possibilité d'une adhésion future des États-Unis à l'Union de Berne sur le droit d'auteur s'évaporerait, mais cela entraînerait une amélioration importante et immédiate de nos relations en matière de droit d'auteur. »⁹⁵

Faisant écho à l'étude de 1957, le rapport de la Chambre a conclu qu' :

« [a]ucun pays au monde n'a de disposition sur la durée du droit d'auteur comme la nôtre. Pratiquement toutes les autres lois sur le droit d'auteur dans le monde fondent la durée de protection des œuvres de personnes physiques sur la vie de l'auteur et une grande majorité d'entre elles accordent une protection de 50 ans après la mort de l'auteur. Cette durée est nécessaire pour adhérer à la Convention de Berne. »⁹⁶

Tout en passant à la norme internationale de durée (50 ans *post mortem auctoris*) énoncée dans la Convention de Berne, le Congrès a reconnu que

95. *Ibid.*, p. 135.

96. *Ibid.*, p. 135-136.

l'abandon du délai de renouvellement pourrait désavantager les auteurs. Il a donc trouvé un compromis en éliminant les dispositions réversibles de la section sur le renouvellement du droit d'auteur alors en vigueur, mais en y substituant un droit inaliénable de mettre fin à une concession de droits 35 ans après son exécution, « une disposition [destinée à] protéger [...] les auteurs contre les transferts non rentables. Une telle disposition est nécessaire en raison de la position de négociation inégale des auteurs, résultant en partie de l'impossibilité de déterminer la valeur d'une œuvre avant qu'elle n'ait été exploitée. »⁹⁷

Nous pouvons constater que, contrairement à la plupart des autres pays, l'histoire de la durée du droit d'auteur aux États-Unis depuis la première loi sur le droit d'auteur en 1790 jusqu'à la révision de 1976, a été profondément liée à la protection des intérêts pécuniaires personnels des auteurs dans leurs œuvres. Alors que les durées plus longues profitent aux titulaires de droits d'auteur, c'est-à-dire, dans de nombreux cas, aux exploitants auxquels les auteurs ont cédé leurs droits plutôt qu'aux auteurs eux-mêmes, la législation américaine relative à la durée s'est toujours efforcée de garantir soit une rétrocession des droits aux auteurs qui les ont concédés, soit, dans la loi actuelle, un droit inaliénable des auteurs à mettre fin à leurs transferts de droits.

VI. DURÉE ET DROITS VOISINS

Il existe un autre aspect de la durée, qui est la relation entre les droits d'auteur et les droits voisins. Les droits voisins – c'est-à-dire les droits des

97. *Ibid.*, p. 124.

artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et des radiodiffuseurs – même s'ils ne constituent pas une catégorie homogène, ont depuis la fin du XIX^e siècle une place dans la sphère des droits d'auteur, étant donné qu'ils participent à la mise à disposition du public de l'œuvre de l'auteur.

Les positions européenne et américaine sont profondément différentes. En France, la doctrine et la jurisprudence considèrent les *droits voisins* comme une forme secondaire des droits d'auteur, presque comme des *droits auxiliaires*⁹⁸, et adoptent par conséquent une position rigoureuse imposant une durée de protection plus courte⁹⁹. Dans la loi de 1941, le législateur italien, suivant le modèle français, a prévu une protection réduite des droits voisins, parce que leurs caractéristiques ne sont pas considérées comme assimilables à la protection de l'auteur, point de vue actuellement mis en œuvre, et bénéficiant d'une jurisprudence établie¹⁰⁰.

Les droits voisins ont commencé à être pris en considération à la suite d'innovations apparues au XX^e siècle et liées aux progrès technologiques qui ont conduit à de nouveaux types d'instruments pour l'enregistrement. Néanmoins, dans le souci de concilier les intérêts des auteurs avec ceux des producteurs de ces instruments et du public, les législations nationales ont réservé à l'auteur le droit exclusif à la première production d'un enregistrement de son œuvre.

98. Ce terme est encore employé dans une décision récente du Conseil constitutionnel : *Décision n° 2017-649 QPC du 4 Août 2017 : Société civile des producteurs phonographiques et autre*, dans laquelle la licence obligatoire est étendue aux services de radio par internet.

99. *Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique*, art. 22. Voir, entre autres, M. VIVANT & J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droit voisins*, Paris, 4^e éd, 2019.

100. *Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, op. cit.*, art. 75. Voir S. ERCOLANI, *Diritto d'autore e diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE, Torino 2004*. En matière de jurisprudence, voir S. DELLARTE, *Fondamenti di diritto d'autore nell'era digitale*, Vivalvi 2017, p. 193 et s.

Ainsi, la possibilité de produire et de vendre des enregistrements musicaux mécaniques était soumise aux lois sur les droits d'auteur, qui exigeaient que l'auteur donne son consentement à l'enregistrement initial ou que les compositions musicales soient déjà tombées dans le domaine public.

Les perspectives d'exploitation de la musique enregistrée, initialement sous-estimées par les auteurs et les éditeurs, ont radicalement changé avec le progrès technologique, occupant de plus en plus d'espace sur le marché. Outre les représentations publiques dans les théâtres, est apparue pour la première fois la possibilité pour un particulier d'apprécier une œuvre musicale chez lui, sans la présence d'un interprète professionnel, mais grâce à des instruments et à des moyens mécaniques parfaitement capables de reproduire fidèlement les interprétations des grands maîtres et des orchestres.

En conséquence, l'application des droits d'auteur a posé des problèmes notables, notamment dans le domaine des œuvres musicales, en ce qui concerne les nouveaux moyens de reproduction et de diffusion auprès d'un large public. Les droits voisins ont évolué dans le sens de droits privilégiés moyennant compensation. Les droits personnels, qui étaient jusqu'alors liés aux droits patrimoniaux, sont restés plus exposés et ont dû être précisés et protégés de manière indépendante lorsque les nouveaux moyens de reproduction étaient susceptibles de porter préjudice à l'auteur¹⁰¹.

101. E. PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione nel Diritto interno Italiano comparato col Diritto straniero*, 2nd éd., 1927, p. 165 et s.

La durée des droits voisins est moins étudiée que celle des droits d'auteur. Sa réglementation est intervenue plus tardivement, à partir des premiers traités internationaux qui les définissent, protègent et précisent leur durée, à l'origine inférieure à celle des auteurs.

À ce titre, il convient de se pencher au niveau international, sur les vœux des révisions de Rome et de Bruxelles de la Convention de Berne de 1928 et 1948, les résolutions de Stresa et l'avant-projet de Rome de 1951 et enfin à la Convention spécifique de Rome de 1961¹⁰². Dans cette Convention, les droits voisins sont définis en tenant compte principalement des sujets concernés par ce que l'on appelle la « triade classique » (artistes-interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes et organismes de radiodiffusion). En ce qui concerne la durée, l'article 14 de la Convention de Rome établit une durée de vingt ans à compter de la fixation de l'exécution (ou de la survenance de l'exécution si elle n'est pas fixée) ou de la transmission de l'émission¹⁰³. L'article 14 (5) de l'accord ADPIC de 1995 porte la durée de protection des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes à 50 ans à compter de la fixation ou de l'exécution, tout comme l'article 17 du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996, tandis que la durée reste inchangée pour les organismes de radiodiffusion.

102. *Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, 26 octobre 1961.

103. *Ibid.*, art. 14 : « La durée de la protection à accorder en vertu de la présente Convention ne pourra pas être inférieure à une période de vingt années à compter d : a) la fin de l'année de la fixation, pour les phonogrammes et les exécutions fixées sur ceux-ci ; b) la fin de l'année où l'exécution a eu lieu, pour les exécutions qui ne sont pas fixées sur phonogrammes ; c) la fin de l'année où l'émission a eu lieu, pour les émissions de radiodiffusion ».

Depuis lors, une série de directives européennes ont été promulguées entre 1993 et 2011 concernant les conditions temporelles des droits d'auteur et des droits voisins, dans un souci d'harmonisation entre l'UE et l'autre côté de l'Atlantique. Les années 1990 sont particulièrement significatives en ce sens. En Europe, un nouvel allongement de la durée, prévu par la directive 93/98/CEE¹⁰⁴, porte la protection des droits d'auteur à 70 ans, tandis que les droits voisins restent à 50 ans. La durée des droits sur les exécutions fixées sur phonogrammes a ensuite été étendue à 70 ans à compter de la première publication légale du phonogramme de l'exécution de l'œuvre ou de sa première communication au public par la directive 2011/77/UE¹⁰⁵.

Les États-Unis ne disposent pas d'un véritable régime de droits voisins et n'ont pas adhéré à la Convention de Rome, bien qu'ils aient adhéré au Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) de 1996. La loi sur le droit d'auteur de 1976 inclut les enregistrements sonores (phonogrammes) dans les catégories d'objets protégés par le droit d'auteur et, à ce titre, ils bénéficient de la même durée de protection que les autres œuvres, à savoir 70 ans à compter de la mort du dernier coauteur survivant ou, pour les œuvres réalisées pour le compte d'autrui, 95 ans à compter de la publication.¹⁰⁶ Par conséquent, alors que la durée des droits voisins est

104. Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, art. 1-3, abrogée et remplacée par la Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, art. 1-3.

105. Directive 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, art. 1, par. 2(a) [2011] OJ 2011 L 265.

106. 17 USC sec. 302. Les dispositions du *Classics Act (Music Modernization Act)* de 2018, 17 U.S.C. sec. 1401, ont introduit les durées de protection suivantes pour les enregistrements sonores fixés avant le 15 février 1972 (date à laquelle le Congrès a intégré les enregistrements sonores dans l'objet du droit d'auteur fédéral) :

harmonisée entre les membres de la Convention de Rome et, au sein de l'UE, pour les droits sur les phonogrammes, de 20 ans supplémentaires, les États-Unis protègent les enregistrements sonores pour une durée encore plus élevée.

CONCLUSION

La directive la plus récente en matière de droit d'auteur, qui date de 2019, concerne les auteurs dans le marché unique numérique, mais ne traite pas de la durée¹⁰⁷. Néanmoins, dans les pays de tradition civiliste, sur la base de considérations similaires à celles de la directive de 2006¹⁰⁸, il n'est pas exclu que des voix se fassent entendre pour réclamer de nouvelles extensions de la durée des droits d'auteur et des droits voisins, tout en tenant compte de l'impact sur la position de l'auteur.¹⁰⁹ Aux États-Unis, à la lumière de l'énorme controverse qui a entouré l'extension de la durée de 50 à 70 *post mortem auctoris*

1. Pour les enregistrements **antérieurs à 1923**, la période de transition est de 3 ans, pour une durée totale de protection de 98 ans à compter de la date de la première publication, toutes les œuvres de cette catégorie perdant leur protection au 31 décembre 2021.

2. Pour les enregistrements de **1923 à 1946**, la période de transition est de 5 ans, pour une durée totale de protection de 100 ans à compter de la date de la première publication, les œuvres de cette catégorie perdant leur protection entre 2023 et 2046.

3. Pour les enregistrements de **1947 à 1956**, la période de transition est de 15 ans, pour une durée totale de protection de 110 ans à compter de la date de la première publication, les œuvres de cette catégorie perdant leur protection entre 2057 et 2066.

4. Pour les enregistrements **postérieurs à 1956** fixés avant le 15 février 1972, la durée totale de protection prend fin le 15 février 2067.

107. Directive 2019/790/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE [2019] OJ 2019 L 130.

108. Directive 2006/116/CE du Parlement européen, *op. cit.*, (6) : « La durée minimale de protection prévue par la convention de Berne, à savoir la durée de vie de l'auteur plus cinquante ans après la mort de celui-ci, était destinée à protéger l'auteur et les deux premières générations de ses descendants. L'allongement des durées de vie moyennes dans la Communauté est tel que ladite durée n'est plus suffisante pour couvrir deux générations. »

109. J. PARC, P. MESSERLIN, « The true impact of shorter and longer copyright durations : from authors' earnings to cultural creativity and diversity », *International Journal of Cultural Policy*, Vol. 27, 2021, p. 607-620.

en 1998 (afin d'aligner la législation américaine sur l'extension de la durée de 1993 de l'UE)¹¹⁰, il semble très improbable, pour des raisons politiques et de relations publiques, que la durée du droit d'auteur soit à nouveau prolongée.

(Traduction française de Marie-Céline PALLAS)

110. Voir par exemple Timothy. B. LEE, « Why Mickey Mouse's 1998 copyright extension probably won't happen again », *Ars Technica* (1^{er} Janvier 2018), <https://arstechnica.com/tech-policy/2018/01/hollywood-says-its-not-planning-another-copyright-extension-push/> (soulignant que « la politique du droit d'auteur a changé de façon spectaculaire » et que « le public se soulèverait » si le Congrès tentait à nouveau de proroger la durée du droit d'auteur).

**LA RECONNAISSANCE DU SYSTÈME DE DROIT D'ŒUVRE :
UN SYSTÈME SITUÉ ENTRE LE DROIT D'AUTEUR
ET LE « COPYRIGHT »***

DAI ZHE

Maitre de conférences

Faculté de droit de Jinan Université (Guangdong, Chine)



INTRODUCTION

Dans le domaine du droit d'auteur, les universitaires et les législateurs pensent souvent qu'il existe deux systèmes différents. L'un est le système du droit d'auteur, qui est né en France et a été adopté plus tard par les pays de droit civil; l'autre est le système de « copyright », qui est né au Royaume-Uni et a ensuite été accepté par les pays de « common law ». Entre les pays du droit d'auteur et ceux de « copyright », il semble qu'il existe toujours une relation antagoniste. Chaque camp préconise de maintenir les traditions de

* Cet article est l'un des résultats du projet de recherche intitulé «la construction du système de droit de suite dans la loi chinoise sur le droit d'auteur», financé par le fonds national chinois des sciences sociales, numéro du projet : 20CFX054.

son propre système et d'éviter d'être influencé par l'autre système. Par exemple, lorsque les États-Unis ont adhéré à la Convention de Berne en 1989, le directeur de l'Office de « copyright » aux États-Unis a appelé au maintien de la tradition de la loi américaine sur le « copyright »¹. Dans un même temps, les universitaires français craignaient que le droit de l'auteur perde son indépendance en raison de l'impact issu du « copyright »². Des représentants allemands ont également critiqué la Commission européenne pour une tendance à adopter l'idée de « copyright » dans l'harmonisation de la législation européenne sur le droit d'auteur³.

Cependant, au cours de ces dernières années, certains chercheurs espéraient promouvoir la convergence entre le droit d'auteur et le « copyright ». Par exemple, dans les pays de droit d'auteur, selon le professeur Alain Strowel, la dichotomie entre les deux systèmes n'existe pas⁴. De la même manière, dans le pays de « copyright », la professeure Jane Ginsburg a retracé l'origine du droit d'auteur français et du « copyright » américain et a conclu que les deux « ont beaucoup en commun non seulement en théorie, mais aussi en pratique »⁵.

1. Voir Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Convergences des droits, régulation différente des contrats*, dans mélange en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, 2014, p.701.

2. Voir André Kéréver, *Révolution française et droit d'auteur*, *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 1989, vol.141, p.4-5.

3. Ibid.

4. Dans la thèse soutenue en 1992, le professeur Alain Strowel a déjà pensé que les deux systèmes ne diffèrent pas essentiellement, voir Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences, étude de droit comparé*, Bruylant, 1993, p. 655-657. Depuis lors, il a maintes fois insisté sur le même point, voir Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Convergences des droits, régulation différente des contrats*, in mélange en l'honneur du professeur André Lucas, LexisNexis, 2014, p. 701.

5. Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyrights : Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 *Tulane Law Review*. 991, 1023 (1990).

Bien que les points de vue ci-dessus soient contradictoires, ils sont tous raisonnables. Il existe à la fois des similitudes et des différences entre le droit d'auteur et le « copyright ». C'est aussi pour cette raison que ces deux systèmes sont indépendants l'un de l'autre, mais qu'ils sont liés en même temps. Depuis la naissance de ces deux systèmes jusqu'à nos jours, de nombreux pays dans le monde ont suivi l'un ou l'autre de ces deux systèmes. On suppose souvent que tous les pays peuvent être placés dans les deux systèmes.

Cependant, en plus de ces deux systèmes, il existe un troisième système spécial, à savoir le système du droit d'œuvre. Ce système est né au Japon et a été successivement adopté par la Corée du Sud, la Corée du Nord, la Chine continentale et le Taïwan. Selon nos recherches, seules ces cinq régions ont adopté ce système à ce jour. De plus, étant donné que les systèmes de ces cinq régions conservent une très forte cohérence, l'établissement du système du droit d'œuvre peut être ainsi reconnu. Dans cet article, nous voudrions donner une brève introduction au système de droit d'œuvre en expliquant la particularité de ses règles spécifiques (I). Après cela, Nous souhaitons également expliquer l'origine et le processus de développement du droit d'œuvre (II). Enfin, nous allons parler des problèmes existant dans le système du droit d'œuvre, surtout dans le contexte du droit chinois. Quelques suggestions seront données pour améliorer le système du droit d'œuvre (III).

I. LES RÈGLES PARTICULIÈRES DU SYSTÈME DU DROIT D'ŒUVRE

La particularité du droit d'œuvre réside dans sa comparaison avec le droit d'auteur et le « copyright ». Nous allons d'abord comparer les différences et

les similitudes entre le droit d'auteur et le droit d'œuvre (A), puis comparer le « copyright » et le droit d'œuvre (B). Ces comparaisons nous permettent de mieux comprendre les caractéristiques du système du droit d'œuvre.

A. Les différences et les similitudes entre le droit d'œuvre et le droit d'auteur

D'une part, de nombreuses dispositions du système du droit d'œuvre sont similaires au système de droit d'auteur, notamment en ce qui concerne les droits moraux, les types d'œuvres, l'originalité. D'autre part, le système du droit d'œuvre contient également de nombreuses dispositions qui sont différentes du droit d'auteur.

1. La similitude sur le droit moral

Au regard du droit moral, les différents pays ont des attitudes différentes. Sous l'influence de la théorie de la personnalité, les pays du droit d'auteur ont très tôt reconnu le droit moral, mais les pays du « copyright » ont refusé d'instaurer ce droit pendant de longues années. Par exemple, après que la Convention de Berne eut prévu les droits moraux lors de la Conférence de Rome en 1928, le Royaume-Uni, en tant que membre fondateur de la convention, n'a introduit les droits moraux qu'en 1988 dans sa législation. Les États-Unis n'ont établi les droits moraux du droit d'auteur qu'en 1990, après avoir adhéré à la Convention de Berne en 1989. Cependant, il convient de noter que les protections des droits moraux dans les deux systèmes n'ont pas été totalement unifiées. Par rapport aux pays du droit d'auteur, les États-Unis n'offrent la protection des droits moraux que pour les œuvres d'art

visuel, tandis que le Royaume-Uni exclut les droits moraux pour certaines œuvres, telles que les programmes informatiques, les conceptions de police de caractères et les œuvres générées par ordinateur⁶.

Les législateurs du droit d'œuvre ont adopté le modèle similaire au droit d'auteur en mettant en place un système complet du droit moral, sans limiter ce droit à des types spécifiques d'œuvres. Par exemple, les articles 18 à 20 de la loi japonaise sur le droit d'œuvre prévoit le droit de divulgation, le droit de paternité et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre. La loi chinoise a d'ailleurs ajouté le droit de modification. Cependant, les pays du droit d'œuvre n'ont pas établi le droit de retrait et de repentir qui sont prévus par certains pays de droit d'auteur.

2. La similitude sur les types d'œuvres

Depuis longtemps, dans le périmètre des œuvres, il y a deux modes qui s'opposent. Les législateurs des droits d'auteur ont établi des droits voisins en incorporant le droit des artistes-interprètes, le droit des producteurs de phonogrammes, le droit des producteurs de vidéogrammes, et le droit des radiodiffuseurs dans des droits voisins. Cependant, les pays de « copyright » n'ont pas établi de droits voisins, mais intègrent les objets de ces droits dans la portée des œuvres. Par conséquent, le concept des œuvres protégées par le « copyright » est plus large que celui de droit d'auteur.

Maintenant, nous revenons à la perspective du droit d'œuvres. À l'exception de Taïwan, les dispositions du droit d'œuvre sont cohérentes avec

6. Voir Copyright, Designs and Patents Act, 1988, articles 79 et 81.

celles des pays du droit d'auteur. Les législateurs de droit d'œuvres ont établi des droits voisins et ont exclu les objets protégés par des droits voisins du champ des œuvres. Toutefois, les dispositions de la loi taïwanaise sont très particulières. Sous l'intervention des États-Unis, Taïwan a signé « l'accord sur les « copyright » entre Taïwan et les États-Unis « avec les États-Unis en 1993. Selon cet accord, les objets qui devraient être classés en tant que droits voisins sont inclus dans les œuvres. Cela signifie que la loi taïwanaise adopte ici l'idée des pays de « copyright ». En fait, cette disposition a été fortement combattue par les universitaires taïwanais, qui ont généralement appelé à l'établissement d'un droit voisin distinct. L'Office de la propriété intellectuelle de Taïwan estime que cette disposition entraîne de nombreuses incompatibilités et propose d'établir des droits voisins. Cependant, en raison de l'accord avec les États-Unis, Taïwan n'ont pas encore apporté de modifications.

3. La similitude sur l'originalité

Depuis longtemps, il est reconnu qu'il existe deux normes différentes pour identifier l'originalité. Un critère, dérivé des pays du droit d'auteur, est influencé par la théorie de la personnalité. L'originalité est identifiée comme le reflet de la personnalité de l'auteur. Quant à déterminer l'existence d'une telle empreinte de personnalité, les tribunaux français ont traditionnellement utilisé certains facteurs tels que le caractère individuel, le choix, le goût de l'auteur comme référence⁷. En Allemagne, l'originalité se décompose en deux éléments : l'autonomie (Eigenstaendigkeit) et la créativité (Kreativitaet).

7. Voir Michel Vivant, Jean-Michel Bruguière, Droit d'auteur et droits voisins, Dalloz, 2019, p. 306-308.

Un autre critère, adopté par les pays de « copyright », est influencé par la théorie du travail de Locke. Tant que l'auteur complète un résultat par son propre travail, même si le résultat n'est pas créatif ou nouveau, il peut être protégé par le « copyright ». Au xx^e siècle, les pays de « copyright » ont développé deux conditions pour le jugement d'originalité : premièrement, la réalisation de l'œuvre ne doit pas être une copie ; deuxièmement, l'auteur doit y consacrer une certaine quantité de travail intellectuel. En ce qui concerne le deuxième élément, le Royaume-Uni a progressivement adopté la compétence, le travail et le jugement (*skill, labour and judgement*) comme une norme de jugement dans les jurisprudences⁸, et les tribunaux américains ont également adopté des normes similaires⁹. Sur la base de ces deux éléments, le principe de la « sueur du front » (*Sweat of the brow*) a été progressivement développé dans le système de « copyright ».

Les chercheurs croient généralement que la norme d'originalité du droit d'auteur est plus exigeante que celle du « copyright ». Comme l'a dit le professeur André Lucas, en ce qui concerne l'originalité du « copyright », « l'approche, conforme à la philosophie utilitariste de ces systèmes... n'est ni plus ni moins exigeante que celle retenue traditionnellement en France »¹⁰. D'une manière générale, entre les deux systèmes, la différence sur l'originalité se reflète principalement dans l'exigence de créativité. Les pays du « copyright » n'ont pas d'exigences spécifiques à cet égard.

8. Voir *Walter v. Lane* [1900] A.C. 539, 545. See *Macmillan and Company Limited v K and J Cooper* : PC 14 Dec 1923.

9. Voir *West Publishing Co. v. Mead Data Central, Inc.*, 799 F. 2d 1219 , 1226 (8th Cir. 1986).

10. Voir André Lucas, Henri-Jacques Lucas, Agnès Lucas-Schloëtter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, p. 130.

Cependant, cette différence sur l'originalité s'est progressivement atténuée depuis la seconde moitié du xx^e siècle. D'un côté, dans les pays du droit d'auteurs, la norme d'originalité avec des exigences traditionnellement élevées est difficile à appliquer face à de nouveaux types d'œuvres, tels que les menus, les catalogues, les annuaires téléphoniques, etc. L'Allemagne a donc mis en place une nouvelle norme « petite monnaie », selon laquelle les exigences d'originalité sont très faibles, comparables à « l'épaisseur d'une petite pièce ». Cette norme « petite monnaie » a ensuite été adoptée par la France¹¹. D'un autre côté, dans les pays du « copyright », les États-Unis ont abandonné la règle de la « sueur sur le front » depuis l'affaire Feist en 1991. Selon la décision de la Cour suprême des États-Unis dans cette affaire, l'originalité signifie uniquement que « l'œuvre a été créée indépendamment par l'auteur (par opposition à une copie d'autres œuvres) et qu'elle possède au moins un degré minimal de créativité »¹². Désormais, les États-Unis ont également ajouté l'exigence de créativité au jugement d'originalité. De l'avis de certains spécialistes du droit de l'auteur, les États-Unis ont atteint le même niveau que les pays du droit d'auteur en termes d'originalité¹³.

Toutefois, il existe encore des différences entre les deux systèmes. Bien que la Cour suprême des États-Unis ait introduit l'exigence de créativité dans l'affaire Feist, elle n'exige qu'une « créativité minimale », ce qui n'est compatible qu'avec la norme de la « petite monnaie ». En fait, dans les pays

11. Voir André Lucas, Henri-Jacques Lucas, Agnès Lucas-Schloëtter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, p. 130.

12. Voir *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991).

13. Voir Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Convergences des droits, régulation différente des contrats*, in *mélange en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 706.

du droit d'auteur, la norme de la « petite monnaie » ne s'applique qu'à un petit nombre de nouveaux types d'œuvres, y compris uniquement les listes de catalogues, les menus, les annuaires téléphoniques, les programmes informatiques, etc., tandis que pour les œuvres traditionnelles, les pays du droit d'auteur conservent toujours une créativité plus exigeante. Par exemple, en Allemagne, les tribunaux exigent toujours que les œuvres traditionnelles aient un « certain niveau créatif », qui dépasse la norme de la « petite monnaie ».

En conséquence, l'originalité du droit d'auteur est en fait divisée en deux normes. Pour l'originalité des œuvres traditionnelles, les pays du droit d'auteur sont encore plus exigeants que les pays du « copyright ». Mais pour l'originalité d'un petit nombre d'œuvres nouvelles, telles que les listes de catalogues, les menus, les annuaires téléphoniques, les programmes informatiques, etc., les dispositions des deux sont fondamentalement les mêmes.

	Droit d'auteur	Copyright
« petite monnaie » ou « créativité minimale »	Les nouvelles œuvres	Toutes les œuvres
« certain niveau créatif »	Les œuvres traditionnelles	

Nous revenons maintenant dans le domaine du droit d'œuvre. En termes d'originalité, les systèmes du droit d'œuvre adoptent des normes similaires à celles du droit d'auteur. Cela conduit à une dichotomie pour la qualification d'originalité. D'une part, pour les œuvres traditionnelles, les droits d'œuvre imposent des exigences plus élevées en matière d'originalité. D'autre part, pour les nouveaux types d'œuvres, les exigences d'originalité sont relativement faibles.

Nous pouvons prendre la loi japonaise comme exemple. D'un côté, selon l'article 2 de la loi japonaise sur le droit d'œuvre, seules les expressions originales qui reflètent les pensées et les sentiments de l'auteur peuvent être protégées. Cette norme est proche de l'exigence d'« empreinte personnelle de l'auteur » issue du droit d'auteur. En pratique, les objets qui n'expriment pas les pensées et les émotions des auteurs sont exclus des œuvres originales. Par exemple, dans une affaire impliquant des notes d'observation judiciaire, la Cour supérieure japonaise de la propriété intellectuelle a jugé que pour le procès-verbal fait à l'audience dans un procès, il n'existe pas d'espace de choix expressif pour un auteur. Le résultat ne reflète pas la personnalité, la pensée et les sentiments du demandeur, et par conséquent, il n'est pas original¹⁴.

Mais d'un autre côté, pour l'originalité des nouvelles œuvres, le Japon a choisi une exigence plus faible. Par exemple, l'article 12 de la loi japonaise sur le droit d'œuvre prévoit à la fois les œuvres composites et les œuvres de base de données. Toutes les deux doivent satisfaire à l'originalité pour pouvoir être protégées. Cependant, dans la pratique, les tribunaux japonais ont fait une distinction dans les exigences d'originalité entre les deux types d'œuvres. Dans une affaire jugée en 2000 concernant un annuaire téléphonique, le tribunal du district de Tokyo a jugé que l'annuaire téléphonique en cause constituait une œuvre originale de base de données originale. Toutefois, le tribunal a estimé que le choix et l'arrangement de l'annuaire téléphonique par le demandeur n'étaient pas suffisants pour satisfaire aux exigences d'originalité d'une œuvre composite. Par conséquent, l'annuaire téléphonique ne constituait pas une

14. Voir la Cour supérieure japonaise de la propriété intellectuelle, jugement du 17 juillet 2008, n° 2011, cité dans Li Mingde et Yan Wenjun, Droit de la propriété intellectuelle japonais, Presse juridique chinoise, 2020, p. 77.

œuvre composite protégée¹⁵. Nous pouvons constater à partir de cette affaire que les exigences d'originalité pour les œuvres de base de données sont inférieures à celles des œuvres ordinaires.

4. La différence sur l'appartenance des œuvres de salariés

Avant le xx^e siècle, toutes les œuvres appartenaient originellement à l'auteur au sens de personne physique. Cette règle était reconnue par tous les pays du monde. Cependant, en 1909, les États-Unis ont pris l'initiative d'établir la règle des « œuvres réalisées pour l'emploi » (works made for hire) dans la loi sur le « copyright », selon laquelle les œuvres réalisées pour l'emploi appartiennent aux employeurs. Et l'employeur est également défini comme l'auteur de ces œuvres¹⁶. Le Royaume-Uni a également adopté une règle similaire depuis la loi de 1956 sur le « copyright », qui reconnaît que les œuvres réalisées par l'auteur dans le cadre de son emploi appartiennent aux employeurs¹⁷. Mais le Royaume-Uni ne reconnaît pas les employeurs en tant qu'auteurs.

Contrairement aux pays du « copyright », les pays du droit d'auteur refusent généralement la possibilité d'une acquisition originale des œuvres par les employeurs. Par exemple, en France, l'article 111-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit expressément : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de

15. Voir le Tribunal de district de Tokyo, jugement du 17 mars 2000, n° 1714, cité dans Li Mingde et Yan Wenjun, *Droit de la propriété intellectuelle japonais*, Presse juridique chinoise, 2020, p. 117.

16. Voir Copyright Law of the United States, § 201.

17. Voir Copyright Act 1956, article 4.

propriété incorporelle exclusif et opposable à tous [...]. L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa ». Il en va de même en Allemagne, où le droit allemand est influencé par le monisme, ce qui signifie que les droits patrimoniaux et les droits moraux sont combinés et ne peuvent être transférés. Par conséquent, tous les droits d'auteur appartiennent originellement à l'auteur en Allemagne.

Nous revenons maintenant dans le domaine du droit d'œuvre. Les législateurs du droit d'œuvre ont établi les règles des œuvres de salariés, selon lesquelles les employeurs peuvent acquérir originellement des droits patrimoniaux sur les œuvres des salariés. Cette règle est également appelée le système de « l'œuvre de service ». Toutefois, parmi des régions de droit d'œuvre, la règle spécifique varie d'un pays à l'autre

Premièrement, le Japon et la Corée du Sud ont suivi directement les dispositions de la loi américaine en reconnaissant l'employeur comme l'auteur auquel les œuvres appartiennent originellement¹⁸.

Deuxièmement, la Corée du Nord a suivi le modèle du Royaume-Uni. Elle reconnaît que les œuvres des salariés appartiennent aux employeurs, mais elle ne définit pas les employeurs comme des auteurs¹⁹.

18. Voir l'article 15 de la loi japonaise sur le droit d'œuvre et l'article 9 de la loi de la Corée du Sud sur le droit d'œuvre.

19. L'article 16 de la loi de la Corée du Nord sur le droit d'œuvre prévoit que « Le droit d'auteur d'une œuvre créée au nom d'une institution, d'une entreprise ou d'une organisation appartient à l'institution, à l'entreprise ou à l'organisation ».

Troisièmement, la Chine introduit à la fois les modèles américains et britanniques. Il existe en Chine deux types différents d'œuvres de salariés, l'une est « l'œuvre de service » dont le but est d'accomplir des missions assignées par l'employeur, et l'autre est « l'œuvre de personne morale » créée au nom et à la volonté de la personne morale. Les salariés sont qualifiés en tant qu'auteurs de « l'œuvre de service », tandis que les personnes morales sont définies comme les auteurs de « l'œuvre de personne morale ».

Quatrièmement, la règle de Taiwan est très exceptionnelle. Selon le paragraphe 1 de l'article 11 de la loi taïwanaise sur le droit d'auteur, le salarié est qualifié en tant que l'auteur, mais il prévoit également que l'employeur peut être qualifié comme l'auteur par le biais de contrats. Selon le paragraphe 2 de l'article 11, lorsque le salarié est qualifié en tant que l'auteur, c'est l'employeur qui jouit des droits patrimoniaux sur l'œuvre. En d'autres termes, les droits patrimoniaux sur l'œuvre appartiennent toujours à l'employeur, qu'il en soit ou non l'auteur.

5. La différence sur l'appartenance des œuvres audiovisuelles

En matière d'œuvres audiovisuelles, les règles d'appartenance ont tout d'abord été unifiées dans le monde. Mais au xx^e siècle, cette règle s'est divisée selon les différents pays.

D'une part, les législateurs du « copyright » attribuent les œuvres audiovisuelles aux producteurs pour protéger les intérêts de l'industrie. L'article 13 de la loi britannique sur le droit d'auteur de 1956 a prévu pour

la première fois que les œuvres cinématographiques appartenait aux producteurs. De plus, selon l'article 9 de la loi britannique de 1988 sur le « copyright », les dessins et modèles et les brevets, le producteur est qualifié comme l'auteur de l'œuvre cinématographique. Ensuite, selon l'article 2 de la Directive sur la durée du droit d'auteur de l'UE de 1993, qui exigeait que le réalisateur en chef soit spécifié comme l'auteur de l'œuvre cinématographique²⁰, le Royaume-Uni a modifié en 1996 la règle de l'œuvre cinématographique, selon laquelle elle appartient conjointement au producteur et au principal réalisateur²¹. Les États-Unis appliquent directement la règle des « œuvres réalisées pour l'emploi » (works made for hire) à l'appartenance des œuvres audiovisuelles, de sorte que les œuvres audiovisuelles appartiennent aux producteurs.

D'autre part, le système du droit d'auteur insiste toujours sur la règle traditionnelle selon laquelle les œuvres audiovisuelles appartiennent à l'auteur. Par exemple, la France applique la règle des œuvres de collaboration aux œuvres audiovisuelles. Selon les dispositions des articles L113-3 et L.113-7 du Code de la propriété intellectuelle, les œuvres audiovisuelles appartiennent conjointement à l'auteur du scénario, l'auteur de l'adaptation, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre, et au réalisateur. En Allemagne, selon l'article 89 de la loi allemande sur le droit d'auteur, les auteurs des œuvres audiovisuelles

20. L'article 2 de la Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins prévoit que « Le réalisateur principal d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle est considéré comme l'auteur ou un des auteurs. Les États membres sont libres de désigner d'autres coauteurs ».

21. Voir Copyright, Designs and Patents Act 1988, article 10 : A film shall be treated as a work of joint authorship unless the producer and the principal director are the same person.

sont définis comme les personnes qui « apportent une collaboration à la réalisation d'une œuvre cinématographique ». Nous pouvons constater que le droit allemand applique également les règles des œuvres de collaboration aux œuvres audiovisuelles. Selon l'article 65 de la loi, ces auteurs sont définis comme suit : « le réalisateur principal, l'auteur du scénario, l'auteur des dialogues, et le compositeur de la musique composée spécifiquement pour l'œuvre cinématographique en question ». Dans ce cas, l'œuvre audiovisuelle appartient conjointement à ces auteurs. Afin de protéger les intérêts des producteurs, selon l'article 89 de la loi, ces auteurs sont « réputés avoir concédé au producteur du film le droit exclusif d'utiliser selon tous les modes connus l'œuvre cinématographique ainsi que les traductions et les autres adaptations ou arrangements cinématographiques de cette œuvre ». Cependant, tout ce que le producteur obtient est un droit de licence et l'œuvre audiovisuelle reste l'objet de la copropriété de ces auteurs.

Nous revenons maintenant dans le domaine du droit d'œuvre. Contrairement au droit d'auteur, les législateurs du droit d'œuvre ont établi les dispositions spéciales selon lesquelles les œuvres audiovisuelles appartiennent aux producteurs. En Chine, en Corée du Nord et au Japon, les producteurs ont initialement acquis les droits patrimoniaux sur les œuvres audiovisuelles²². En Corée du Sud, les producteurs jouissent des droits patrimoniaux sur les œuvres audiovisuelles par une acquisition dérivée. Selon l'article 100 de la loi coréenne sur le droit d'œuvre, l'œuvre cinématographique appartient originellement aux « personnes qui ont conclu un accord avec un producteur

22. Cette disposition se trouve à l'article 29 de la loi japonaise sur le droit d'œuvre, à l'article 18 de la loi de la Corée du Nord sur le droit d'œuvre, et à l'article 17 de la loi chinoise sur le droit d'œuvre.

pour coopérer à la production d'une œuvre cinématographique ». Mais l'article 100 de la loi coréenne prévoit encore qu' « il est présumé que les droits nécessaires à l'utilisation d'une telle œuvre cinématographique sont transférés au producteur ». Les règles de Taïwan sont très particulières. Actuellement Taïwan adopte le modèle des pays du droit d'auteur à cet égard. Selon l'explication de l'Office de la propriété intellectuelle de Taïwan, la réalisation d'œuvres audiovisuelles est généralement la création conjointe de producteurs de programmes, d'acteurs, de scénaristes, de réalisateurs, etc. Par conséquent, la nature des œuvres audiovisuelles est une œuvre de collaboration²³.

De plus, dans certains pays de droit d'œuvre, les droits moraux pour les auteurs ne sont pas complets. Par exemple, selon l'article 17 de la loi chinoise sur le droit d'œuvre, les auteurs tels que les scénaristes, les réalisateurs, les photographes, les paroliers et les compositeurs ne jouissent que du droit de paternité.

6. La différence sur la liberté contractuelle en matière de licence et de cession

Dans les pays de droit d'auteur, il existe une opinion commune qui pense que la plupart des auteurs sont dans une position faible lorsqu'ils transfèrent leurs œuvres à des maisons d'édition, des sociétés cinématographiques ou musicales, à l'exception de quelques auteurs bien connus. Par conséquent, les législateurs des droits d'auteur établissent des règles de protection spéciales

23. URL : <https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/dl-251291-afd216efaea54c4a9b680da461466a75.html>, visité le 30 octobre 2023.

pour les auteurs qui cèdent et concèdent leurs droits. Premièrement, les auteurs jouissent d'un droit de modifier leur rémunération. Par exemple, selon le premier alinéa de l'article L.131-5 du « Code de la Propriété Intellectuelle », dans le cas où l'œuvre a été cédée moyennant une rémunération forfaitaire, l'auteur qui a subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre peut provoquer la révision des conditions de prix du contrat. De plus, selon le deuxième alinéa de l'article L131-5, dans le cas où l'œuvre a été cédée moyennant une rémunération proportionnelle, « l'auteur a droit à une rémunération supplémentaire lorsque la rémunération proportionnelle initialement prévue dans le contrat d'exploitation se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation par le cessionnaire ». Nous pouvons prendre comme autre exemple la loi allemande sur le droit d'auteur, dans laquelle l'article 32 donne également à l'auteur le droit de réclamer une rémunération appropriée. Si la rémunération convenue dans le contrat n'est pas appropriée, l'auteur peut demander une modification du contrat²⁴. Deuxièmement, dans certains pays, les auteurs ont le droit de retirer leur licence. Par exemple, selon les articles 41 et 42 de la loi allemande sur le droit d'auteur, l'auteur peut réclamer le retrait du droit d'exploitation du titulaire de la licence en raison de l'absence d'exploitation ou de changements dans sa volonté subjective.

24. Le premier alinéa de l'article 32 de la loi allemande sur le droit d'auteur prévoit que « L'auteur a droit à la rémunération contractuellement convenue pour l'octroi des droits d'utilisation et de l'autorisation d'utiliser l'œuvre [...] Si la rémunération convenue n'est pas appropriée, l'auteur peut exiger de l'autre partie qu'elle consente à une modification du contrat afin que l'auteur reçoive une rémunération appropriée ».

Contrairement au droit d'auteur, les législateurs du droit d'œuvre respectent la liberté contractuelle. Une fois qu'un auteur a signé un contrat de licence ou de cession de droits, il ne peut modifier la rémunération ou retirer la licence.

7. La petite différence sur les droits patrimoniaux

En termes de droits patrimoniaux, sous l'influence des conventions internationales, il n'y a presque aucune différence entre le droit d'auteur et le droit d'œuvre. Il existe seulement une petite différence dans les dispositions du droit de suite entre les deux systèmes. Depuis 1920, les pays du droit d'auteur ont successivement créé le droit de suite, qui permet à l'auteur-artiste de percevoir une rémunération au fur et à mesure des aliénations successives de l'original de l'œuvre. Aujourd'hui, selon nos recherches, plus de 90 pays ont établi ce droit. Même dans les pays du « copyright » qui se sont longtemps opposés à l'établissement du droit de suite, le Royaume-Uni a créé le droit de suite en 2006 selon la directive de l'UE, et l'Australie l'a également introduit en 2009. Aux États-Unis, le législateur n'a pas encore créé de droit de suite, mais l'Office américain du Copyright a exprimé son soutien en 2013²⁵. En fait, les États-Unis ont déjà eu l'expérience dans la mise en œuvre du droit de suite. La Californie aux États-Unis a établi la loi sur le droit de suite en 1977.

En ce qui concerne le domaine du droit d'œuvre, contrairement aux pays du droit d'auteur, aucun des législateurs du droit d'œuvre n'a jusqu'à présent

25. Voir U.S. Copyright Office, Resale Royalties : An Updated Analysis, p. 1-2, URL : <https://www.dutenews.com/p/1194777.html?isRecommendHref=1>, visité le 22 février 2023.

instauré un droit de suite. La Chine et le Japon ont envisagé d'établir le droit de suite lors de la révision des lois sur le droit d'œuvre, mais ces tentatives ont finalement échoué, principalement en raison de la forte opposition des praticiens du marché de l'art.

B. Les différences et les similitudes entre le droit d'œuvre et le « copyright »

D'une part, de nombreuses dispositions du système de droit d'œuvre sont identiques à celles du système du « copyright ». D'autre part, le système de droit d'œuvre contient de nombreuses dispositions qui sont différentes du « copyright ».

1. La similitude sur l'appartenance d'œuvre de salarié et d'œuvre audiovisuelle

D'une part, en termes d'attribution des œuvres de salarié, les législateurs du droit d'œuvre ont introduit des règles similaires issues du « copyright ». Les employeurs peuvent ainsi acquérir originellement des droits sur les œuvres des salariés.

D'autre part, en ce qui concerne les œuvres audiovisuelles, à l'exception de Taïwan, les dispositions du droit d'œuvre sont fondamentalement conformes à celles du « copyright ». Les droits patrimoniaux sur une œuvre audiovisuelle appartiennent au producteur. Taïwan adopte actuellement le modèle du droit d'auteur, cependant, le Bureau de la propriété intellectuelle de Taïwan a fait des suggestions au législateur, en préconisant que les œuvres audiovisuelles

devraient appartenir aux producteurs, afin de faciliter la circulation et l'exploitation de telles œuvres²⁶.

2. La similitude sur la liberté contractuelle en matière de licence et de cession

Le législateur du « copyright » respecte généralement la liberté contractuelle pour les contrats de cession et de licence sans imposer trop de restrictions aux licenciés et aux cessionnaires. Bien que le législateur du « copyright » ait également établi des mesures de protection pour les auteurs, cette protection est beaucoup plus faible que celle du droit d'auteur. Par exemple, au Royaume-Uni, l'article 11 de la loi de la Reine Anne, promulgué en 1710, a prévu qu'après l'expiration de la période de protection de 14 ans du droit d'impression, le droit revient à l'auteur. Si l'auteur est vivant, il aura 14 années supplémentaires de droits d'impression. Aux États-Unis, le législateur a également adopté cette disposition à partir de la loi de 1790 sur le « copyright ». Le cessionnaire convient généralement directement avec l'auteur de transférer son droit à ces deux termes. En d'autres termes, une fois que l'auteur cède ses droits, il est difficile que ces droits lui reviennent²⁷. En conséquence, le Royaume-Uni et les États-Unis ont aboli cette disposition, en 1842 et en 1976 respectivement.

En 1976, les États-Unis ont ajouté à l'article 203 de la loi sur le « copyright » un nouveau droit, qui permet aux auteurs de résilier les cessions

26. URL : <https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/dl-251291-afd216efaea54c4a9b680da461466a75.html>, visité le 30 octobre 2023.

27. See Brian D. Caplan, Navigating US Copyright Termination Rights, WIPO Magazine, 2012, No.4, URL : https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2012/04/article_0005.html, visité le 29 juin 2020.

ou les licences des droits. Cependant, ce droit est strictement limité et l'auteur ne peut résilier le contrat qu'après 35 ans, à compter de la date de la prise d'effet de la cession ou de la licence. La loi sur le droit d'auteur de 1976 n'étant entrée en vigueur qu'en 1978, le droit de résiliation n'est entré en jeu pour la première fois qu'en 2013, alors que les auteurs étaient âgés, voire décédés. À cet égard, les universitaires américains ne peuvent qu'admettre que cette disposition n'est pas très efficace²⁸.

Nous revenons maintenant dans le domaine du droit d'œuvre. En termes de règles contractuelles pour la cession ou la licence du droit, les dispositions du droit d'œuvre sont similaires à celles des pays du « copyright ». Les législateurs de ces deux systèmes respectent tous la liberté contractuelle. Et ils n'ont pas mis en place de règles très favorables à la protection des auteurs en matière de licences et de cessions, à l'instar des droits d'auteur.

3. La différence sur le droit moral

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les pays du « copyright » sont très réticents à établir des droits moraux. En revanche, les législateurs du droit d'œuvre ont établi une protection complète des droits moraux pour les auteurs. L'article 18 de la loi japonaise de 1899 sur le droit d'œuvre a déjà prévu le droit de paternité et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre. À cette époque, ni l'Allemagne ni la France n'avaient inscrit ce droit dans leur législation. La Convention de Berne n'a prévu le droit moral qu'en 1928.

28. See Jessica Littman, *What We Don't See When We See Copyright as Property*, traduit par Ni Zhuliang, la revue de la propriété intellectuelle, 2019, No.9, p. 88.

4. La différence sur l'originalité et les types d'œuvres

La norme d'originalité dans le droit d'œuvre est similaire à celle des pays du droit d'auteur, qui est généralement plus élevée que celle des pays du « copyright ». Par conséquent, l'originalité du droit d'œuvre est différente de celle du « copyright ».

De plus, les législateurs du « copyright » n'établissent pas la protection des droits voisins, mais intègrent l'objet des droits voisins dans les catégories d'œuvres, tandis que les législateurs du droit d'œuvre établissent la protection des droits voisins. En conséquence, les types d'œuvres du droit d'œuvre sont différents de ceux du « copyright ».

Mais il faut noter qu'il existe une distinction entre les œuvres protégées dans le « copyright ». Par exemple, au Royaume-Uni, les œuvres sont divisées par les universitaires en « œuvres d'auteur » et « œuvres d'entreprise ». Les « œuvres d'auteur » incluent des œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques, tandis que les « œuvres d'entreprise » incluent des enregistrements sonores, films, émissions de radiodiffusion, et l'arrangement typographique des éditions publiées²⁹. À l'exception des films, ces « œuvres d'entreprise » correspondent principalement aux objets des droits voisins dans le droit d'auteur ou le droit d'œuvre.

29. Voir Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2014, p. 32.

II. L'ORIGINE ET LE DÉVELOPPEMENT DU SYSTÈME DU DROIT D'ŒUVRE

Par la comparaison ci-dessus, nous pouvons voir les particularités du système du droit d'œuvre. Comparé au droit d'auteur et au « copyright », il existe à la fois des similitudes et des différences dans le système du droit d'œuvre. Nous ne pouvons pas intégrer le droit d'œuvre dans le système des droits d'auteur, ni l'incorporer dans celui du « copyright ». Il est ainsi devenu un système relativement indépendant. Toutefois, dans les pays de droit d'auteur et « copyright », cela n'a jusqu'à présent été remarqué que par quelques spécialistes. Par exemple, le professeur Adolf Dietz a estimé que la législation chinoise à cet égard découle d'un mélange de règles de droit d'auteur et du « copyright »³⁰. Il est donc nécessaire d'expliquer davantage l'origine du droit d'œuvre et les raisons de sa naissance. Ce système est destiné à protéger les œuvres. Par rapport au droit d'auteur, la notion de droit d'œuvre pourrait couvrir un large éventail de droits (A). Il est né par la transplantation des règles du « copyright » et ceux du droit d'auteur (B). Sa naissance est étroitement liée aux cultures japonaises (C).

A. Un système fondé sur la protection des œuvres

Selon les documents de recherche actuellement connus, le terme « droit d'œuvre » a été utilisé pour la première fois en 1884³¹ par le juriste Kurokawa

30. Voir Adolf Dietz, *Le système chinois du droit d'auteur : le modèle anglo-américain ou le modèle continental?* Brevet et marque de la Chine, 2011, No.1, p. 76-77.

31. La date exacte est introuvable. Mais en avril 1884, il avait enregistré le « copyright » du livre, ce qui signifie qu'il avait achevé la traduction du livre avant avril 1884. Voir Ari

Seiichiro (黒川誠一郎) dans sa traduction du livre « Droit naturel »³² d'Alphonse Barthélémy Martin Boistel. Cependant, dans le livre traduit en japonais, le terme « droit d'œuvre » ressemble plutôt à l'abréviation de « droit d'auteur » en langue japonaise. Il n'a utilisé l'expression du droit d'œuvre qu'une seule fois dans tout le livre. En revanche, l'ensemble du livre utilise largement l'expression de droit d'auteur³³. Par la suite, Kurokawa Seiichiro a été chargé par le gouvernement japonais de se rendre en Suisse pour assister à la conférence de la Convention de Berne en 1886. Dans ses notes, il a traduit le terme français « droit d'auteur littéraire » en langue japonaise par « droit d'œuvre ». Nous pouvons ainsi constater que le concept de droit d'auteur utilisé par Kurokawa Seiichiro n'a pas de sens indépendant. Il n'a pas essayé d'inventer une nouvelle expression. La première utilisation du concept de droit d'œuvre par Kurokawa Seiichiro n'a pas eu d'impact substantiel sur la législation japonaise à la fin du XIX^e siècle. Son expression n'a également pas été remarquée par les milieux académiques à cette époque. En fait, les universitaires japonais n'ont découvert l'utilisation du terme de droit d'auteur par Kurokawa Seiichiro qu'à la fin du XX^e siècle³⁴.

Presque au même moment, le terme de « droit d'œuvre » est également apparu dans un document diplomatique du 16 mai 1884 entre le gouvernement

Hagiwara, L'origine et le développement des mots « copyright » et « droit d'œuvre » au Japon, p. 9. URL : <http://commentaries.asia/paper/copyrightinjapan.pdf>, visité le 17 février 2023.

32. Le titre original de ce livre originel est le suivant : « Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit suivant les principes de Rosmini », imprimé par E. Thorin, 1870. Dans la traduction japonaise, le titre est abrégé en « droit naturel ».

33. Voir Ari Hagiwara, L'origine et le développement des mots « copyright » et « droit d'œuvre » au Japon, p. 9. URL : <http://commentaries.asia/paper/copyrightinjapan.pdf>, visité le 17 février 2023.

34. Ibid.

japonais et le gouvernement suisse. Plus tard, dans un document issu du gouvernement japonais en 1886, l'expression du droit d'œuvre est réapparue quant à la traduction du titre de la Convention de Berne³⁵. Il convient de noter que le titre complet de la Convention est « la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques ». Les rédacteurs de la Convention n'ont adopté ni l'expression de droit d'auteur ni de « copyright », mais se sont concentrés sur l'objet du droit, à savoir les œuvres³⁶. Dans ce document japonais, la Convention a été traduite par le titre suivant : « la Convention pour la protection des droits des œuvres littéraires et artistiques ». Nous pouvons constater que le concept du droit d'œuvre dans ce document a déjà une signification particulière, c'est-à-dire le droit pour la protection des œuvres. Mais nous ne savons pas exactement qui a fait cette traduction.

En 1899, le terme de « droit d'œuvre » a été réutilisé par le juriste Mizuno Rentarō (水野鍊太郎). Durant cette année, le Japon a adhéré à la Convention de Berne. Mizuno Rentarō, en tant que l'un des représentants japonais, s'est rendu en Suisse pour participer aux préparatifs de l'adhésion du Japon à la Convention. Mizuno Rentarō a cru que ce terme avait été créé par lui-même, mais le gouvernement japonais avait déjà utilisé ce terme bien avant lui en 1884. Nous pouvons supposer que l'utilisation antérieure du droit d'œuvre par le gouvernement japonais a pu avoir un impact important sur lui. En tout cas, Mizuno Rentarō a introduit ce concept directement dans la

35. Ibid.

36. En fait, le choix de ce titre dans la Convention est un résultat de compromis. Lors de la rédaction de la convention en 1885, la France a soutenu l'usage de la « propriété littéraire et artistique » en tant que titre de la Convention. Toutefois, l'Allemagne s'y est opposé. Selon l'avis de la délégation allemande, la « propriété littéraire et artistique » est incompatible avec la notion de droit d'auteur. Finalement, la délégation suisse a proposé d'utiliser le nom de protection des œuvres littéraires et artistiques, qui a été accepté par divers représentants.

loi japonaise de 1899 sur le droit d'œuvre dont il était le principal rédacteur. La raison directe pour laquelle Mizuno Rentarō a utilisé ce concept est également liée à la Convention de Berne. Étant donné que le Japon a déjà traduit le titre de la Convention de Berne en « la protection des droits des œuvres », le législateur japonais a naturellement choisi d'utiliser l'expression de droit d'œuvre comme le nom législatif de la nouvelle loi afin de se conformer au contenu de la Convention. Toutefois, nous ne pouvons pas ignorer la contribution des juristes japonais qui ont inventé le nouveau terme, car les rédacteurs de la Convention n'ont mentionné que la protection des œuvres, mais n'ont jamais utilisé le terme de droit d'œuvre.

Avec l'usage dans les législations japonaise, le « droit d'œuvre » est progressivement adopté dans les autres régions d'Asie de l'Est. D'une part, la Corée du Sud, la Corée du Nord et Taïwan, qui étaient les anciennes colonies japonaises, ont naturellement introduit la loi sur le droit d'œuvre. Après la fin de la Seconde Guerre mondiale, bien qu'ils aient rompu avec la colonisation japonaise, ils n'ont pas abandonné le modèle du droit d'œuvre. Par exemple, de 1946 à 1957, la Corée du Sud a continué à utiliser l'ancienne loi sur le droit d'œuvre établie dans l'ère coloniale. Jusqu'à ce qu'une nouvelle loi soit promulguée en 1957, cette loi suivait encore le modèle de la loi sur le droit d'œuvre. De plus, après 1945, Taïwan a commencé à utiliser la loi sur le droit d'œuvre établie par la République de Chine. La Corée du Nord a promulgué sa loi sur le droit d'œuvre en 2001. Après avoir adhéré à la Convention de Berne en 2003, elle a promulgué une nouvelle loi, qui suit toujours le droit d'œuvre.

D'autre part, ce modèle a continué d'être utilisé par la Chine continentale. La Chine a introduit ce concept à la fin de la dynastie Qing

par la promulgation de la loi du droit d'œuvre en 1910. Cette législation a été directement influencée par la loi japonaise de 1899 sur le droit d'œuvre. À cette époque, le gouvernement Qing a chargé cinq ministres de rendre une visite aux pays occidentaux pour étudier le système juridique. Mais le gouvernement Qing a finalement choisi le Japon, qui est le plus proche de la culture chinoise, comme modèle de législation. Après la chute de la dynastie Qing, pendant la période de la République de Chine, dirigée par le gouvernement de Beiyang, le législateur a promulgué une nouvelle loi sur le droit d'œuvre en 1915. Par la suite, lorsque le Parti nationaliste chinois a pris le pouvoir, le législateur a établi une autre nouvelle loi en 1928. Après la fondation de la République populaire de Chine en 1949, pendant longtemps, la Chine n'avait établi de loi ni sur le droit d'œuvre, ni sur le droit d'auteur, ni sur le « copyright ». Ce n'est que dans les années 1980 que la Chine a recommencé à établir les lois sur la propriété intellectuelle. À cette époque, il y a eu un grand débat sur la question de savoir s'il fallait établir une loi sur le droit d'œuvre ou une loi sur le « copyright ». Au final, le législateur chinois a choisi d'établir la loi sur le droit d'auteur en 1990. Cependant, aujourd'hui, le processus par lequel ce concept a été créé et développé n'est pas bien connu. Par exemple, certains chercheurs chinois ont méconnu l'apport des juristes japonais en estimant que le concept de droit d'œuvre au Japon est le résultat d'une mauvaise traduction du concept de droit d'auteur issu des pays de droit civil³⁷. Ce point de vue n'est pas raisonnable. Ils ont ignoré que l'émergence de ce concept est le produit d'une sélection humaine et d'une réflexion profonde.

37. Voir Jiang Ping, Shen Renqian, Analyse de la loi sur le droit d'auteur de la République populaire de Chine, Presse internationale de radiodiffusion de Chine, 1991, page 40.

Au fil du temps, le concept de droit d'œuvre est progressivement devenu un concept indépendant, différent de celui de droit d'auteur. En fait, la notion de droit d'auteur renvoie spécifiquement à la protection des auteurs. Cette notion ne peut donc pas couvrir le droit qui protège des tiers autres que l'auteur. Par exemple, les employeurs, les producteurs ne peuvent pas être les titulaires originaux du droit d'auteur. Ce concept rencontre un énorme défi en matière de droits voisins, car les titulaires des droits voisins n'en sont pas les auteurs. Par conséquent, après la naissance des droits voisins, les législateurs ont dû changer le nom de leur loi en « Loi sur le droit d'auteur et le droit voisin ». Par exemple, l'Allemagne a adopté « Loi sur le droit d'auteur et les droits connexes ». L'Italie a utilisé « Loi sur la protection du droit d'auteur et des droits voisins » comme nom législatif. Ce nom est lourd et compliqué. En revanche, le concept de droit d'œuvre peut couvrir tous les droits sur les œuvres ou liés aux œuvres. Par conséquent, la notion de droit d'œuvre est suffisante pour couvrir les droits voisins. On constate également que dans les régions où le modèle du droit d'œuvre est actuellement adopté, les législateurs n'ont pas ajouté l'expression des droits voisins au titre de la législation. Ils adoptent tous « la loi sur le droit d'œuvre » comme nom législatif.

B. Un système fondé par la transplantation du « copyright » et du droit d'auteur

Si les législateurs du droit d'œuvre avaient suivi complètement le modèle du droit d'auteur ou celui du « copyright », la création du concept de droit d'œuvre n'aurait aucun sens. Ce qui détermine vraiment son unicité

réside dans ses règles particulières elles-mêmes, lesquelles proviennent d'une transplantation à la fois du droit d'auteur et du « copyright ».

Cette transplantation, issue de deux systèmes différents, est très particulière, car il existe de nombreuses différences entre ces deux derniers systèmes, telles que le type d'œuvre, les droits moraux de l'auteur, les règles d'appartenance des œuvres audiovisuelles et des œuvres des salariés, l'originalité, etc. Parmi les règles de différence mentionnées ci-dessus, certaines règles sont propres au système des droits d'auteur, mais n'ont pas été acceptées par les pays du « copyright », telles que les droits voisins, et même la protection complète des droits moraux, car actuellement les pays du « copyright » ne reconnaissent qu'une protection relativement limitée en matière de droits moraux. De plus, certaines règles sont propres aux pays du « copyright », mais ne sont pas acceptées par les pays du droit d'auteur, telles que la règle de l'appartenance des œuvres de salarié aux employeurs et celle d'appartenance des œuvres audiovisuelles aux producteurs.

Les législateurs du droit d'œuvre ont brisé le mur entre les deux systèmes, en mettant les règles spécifiques du droit d'auteur ou du « copyright » dans le même système. Par exemple, ils ont établi des droits voisins, des droits moraux complets, des règles particulières d'appartenance des œuvres audiovisuelles et celles des œuvres salariés, etc. Après tout, ces règles ne se seraient pas croisées au début.

Il convient de noter que la transplantation par les droits d'œuvre n'est pas arbitraire, mais soumise à des modalités spécifiques. Après tout, il existe

des conflits sur certaines règles entre le droit d'auteur et le « copyright », comme les types d'œuvre, l'originalité, la liberté contractuelle de cession. Il est impossible pour le législateur d'introduire ces règles du droit d'auteur et du « copyright » dans un même système. À cet égard, la transplantation par le droit d'œuvre suit principalement deux règles.

D'une part, le droit d'œuvre est fondamentalement cohérent avec le droit d'auteur en termes de types d'œuvres, de normes d'originalité, et de types de droits. Comme mentionné ci-dessus, la loi sur le droit d'œuvre qui est née au Japon est directement dérivée de la Convention de Berne. De plus, l'établissement de la convention est principalement influencé par les pays des droits d'auteur. Nous pouvons constater que parmi les initiateurs de la Convention de Berne en 1886, il n'y a qu'un seul pays de « copyright », à savoir le Royaume-Uni. Le droit d'œuvre a ainsi attaché une grande importance à la protection des intérêts des auteurs. À cet égard, de l'avis des universitaires japonais, avec la transition de la loi sur le « copyright » à la loi sur le droit d'œuvre au Japon en 1899, la structure adoptée par la loi a complètement changé, car, dans le cadre du droit d'œuvre, la construction des droits ne peut être réalisée que par la protection des auteurs³⁸. Par conséquent, en termes de règles de base et de structure globale, le droit d'œuvre suit le droit d'auteur.

D'autre part, le droit d'œuvre suit le « copyright » en termes de règles d'utilisation de l'œuvre. L'objectif principal de cette règle est de faciliter l'utilisation efficace des œuvres afin de promouvoir le développement de l'industrie. À cet égard, le droit d'œuvre et le droit d'auteur se sont différenciés.

38. Ibid., p. 10.

Alors, pourquoi est-on parvenu à ce résultat? Il y a principalement deux raisons à notre avis. Premièrement, le droit d'œuvre a été adopté en Asie de l'Est, qui était une région économiquement sous-développée à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. Les législateurs attachent une plus grande importance au développement des industries nationales. Si la protection du droit d'œuvre restreindra le développement des industries, les législateurs s'en tiennent souvent à la protection de ces dernières. Le droit d'œuvre est ainsi doté d'une forte couleur utilitaire. Deuxièmement, contrairement aux pays de droit d'auteur, il n'existe pas de tradition de droit naturel en Asie de l'Est. Les législateurs du droit d'œuvre ne se soumettent pas à l'exigence de la protection absolue des auteurs issue du droit naturel.

Ces règles de la transplantation sont appliquées de manière cohérente et stable dans toutes les régions du droit d'œuvre. Si nous comparons les lois sur le droit d'œuvre de la Chine, du Japon, de la Corée du Sud, de la Corée du Nord et de Taïwan, bien qu'il existe certaines différences dans ces législations, elles sont généralement cohérentes. Par exemple, pour les œuvres réalisées par des salariés, les législateurs du droit d'œuvre ont tous créé les règles selon lesquelles les droits patrimoniaux des œuvres appartiennent aux employeurs. De plus, à l'exception de la Corée du Nord, ils ont tous nommé ces œuvres comme des « œuvres de service » dans leurs législations. Des exemples similaires peuvent également être trouvés dans les types des œuvres, la liberté contractuelle pour la cession, etc.

Un autre exemple se reflète particulièrement dans les règles qui diffèrent du « copyright » et du droit d'auteur. Le Japon, la Chine, la Corée du Nord et

Le Taïwan définissent tous la période de protection du droit comme la vie de l'auteur plus 50 ans après sa mort, ce qui est plus court que celle prévue dans les pays du « copyright » et du droit d'auteur. Ces deux systèmes prennent généralement la vie de l'auteur plus 70 ans après le décès comme période de protection. La Corée du Sud avait initialement adopté la même règle, mais sous la pression diplomatique des États-Unis, cette période a été prolongée de 20 années supplémentaires.

C. Un système fondé sous l'influence des cultures japonaises

En fait, la mise en place de la « Convention de Berne » ne conduit pas nécessairement à l'émergence d'un nouveau système. Par exemple, un grand nombre de pays ont adhéré à la Convention de Berne après l'adhésion du Japon à la Convention en 1899. Cependant, la plupart d'entre eux n'ont pas créé de droit spécial, mais ont choisi de suivre le droit d'auteur ou le « copyright » comme modèle législatif. Nous pouvons en déduire que la création du droits d'œuvre au Japon n'est pas le résultat normal, mais plutôt une exception. Alors, pourquoi les législateurs des droits d'œuvre peuvent-ils parvenir à ce résultat? Il faut remonter dans l'histoire pour trouver la réponse.

La naissance du concept de droit d'œuvre au Japon n'a pas seulement été influencée par la Convention de Berne, mais aussi par la culture japonaise. D'une part, le Japon s'est longtemps tourné vers le modèle du « copyright ». En 1853, le « navire noir » dirigé par le général Perry des États-Unis est entré dans le port du Japon. Les lois américaines ont ainsi eu un impact positif sur le Japon au début de la période de restauration de Meiji. Le législateur japonais a

directement utilisé le concept du « copyright » traduit par Fukuzawa Yukichi (福澤諭吉) dans le règlement de publication promulgué en 1875. Depuis lors, le législateur a adopté ce concept dans le règlement de 1887 sur le « copyright » et la loi de 1893 sur le « copyright ». D'autre part, le Japon a transplanté les règles du système de droit civil en matière de droit civil et pénal. Par conséquent, il est également influencé par le droit d'auteur issu du système de droit civil.

Sous l'influence de ces deux aspects, le Japon a intégré les règles du droit d'auteur et celles du « copyright » dans sa propre loi. Par exemple, contrairement aux pays traditionnels du « copyright », le règlement japonais de 1887 sur le « copyright » a déjà inclus des dispositions sur les droits moraux. Nous pouvons ainsi constater que l'intégration des deux systèmes par le Japon a déjà commencé avant même l'établissement de la loi sur le droit d'auteur au Japon. Ce résultat peut paraître un peu exceptionnel du point de vue d'autres pays, mais il n'est pas surprenant dans le cadre du concept culturel particulier du Japon. À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, en tant que pays à développement relativement tardif en matière de législation, le Japon ne suivait pas délibérément un pays en particulier lors de l'établissement de ses lois, mais avait l'habitude de se référer aux lois étrangères de nombreux pays. Cette méthode de mélange des lois de différents pays est devenue le modèle de base de la législation japonaise à cette époque. Nous pouvons prendre l'exemple du Code civil japonais. Au début, en matière de droit civil, le Japon a invité le juriste français Gustave Boissonade à participer à la rédaction du Code civil japonais. Toutefois, le code civil rédigé par Boissonade a été révisé par des juristes japonais qui

suivait le modèle du code civil allemand. Le code civil japonais incorpore ainsi des éléments des codes civils allemand et français.

Par conséquent, bien que les différents pays aient suivi l'un ou l'autre entre le droit d'auteur et le « copyright », le Japon n'a pas choisi cette voie. Le législateur japonais est considéré comme s'étant accordé une sorte de liberté pour mettre en place son propre système. La loi de 1899 sur le droit d'œuvre établie au Japon est également le résultat de l'exercice de cette liberté. Nous pouvons voir qu'en tant que rédacteur de la loi japonaise sur le droit d'œuvre en 1899, Mizuno Rentarō (水野鏞太郎) a cru qu'il avait fait une invention du concept de droit d'œuvre³⁹.

III. L'AMÉLIORATION DU SYSTÈME DE DROIT D'ŒUVRE

Bien que le droit d'œuvre ait brisé les barrières entre le droit d'auteur et le « copyright », sa transposition simultanée de ces deux derniers systèmes a également causé des problèmes. Certaines de ces questions sont communes aux pays du droit d'œuvre. Il y a actuellement une absence de titres en langue étrangère pour le droit d'œuvre, et les personnes morales peuvent également jouir des droits moraux. À cet égard, il est nécessaire d'établir un titre indépendant pour le droit d'œuvre (A), et il convient de préciser que seules les personnes physiques peuvent jouir des droits moraux (B). Certains problèmes sont spécifiques à une région. Nous prenons la Chine comme exemple. Les tribunaux chinois ont défini les résultats générés par l'intelligence artificielle

39. Voir Ari Hagiwara, L'origine et le développement des mots « copyright » et « droit d'œuvre » au Japon, p. 8. URL : <http://commentaries.asia/paper/copyrightinjapan.pdf>, visité le 17 février 2023.

comme des œuvres (C). De plus, les tribunaux chinois ont appliqué à la fois les normes d'originalité du droit d'auteur et celles du « copyright » (D). À cet égard, il est nécessaire de les améliorer.

A. La création d'un titre spécial en langue étrangère

L'indépendance du droit d'œuvre est rarement connue dans les autres pays en dehors du système du droit d'œuvre. La raison est probablement liée à l'absence d'un titre indépendant en langue étrangère pour le concept de droit d'œuvre. Le concept japonais de droit d'œuvre est traduit généralement par « copyright » en anglais. La version anglaise de la loi chinoise sur le droit d'œuvre sur le site officiel de l'OMPI a adopté également le nom traduit de « copyright »⁴⁰. Il est donc difficile pour les spécialistes étrangers du « copyright » de considérer le droit d'œuvre comme un système indépendant. Dans les pays de droit d'auteur, ils manquent également de traductions appropriées pour le droit d'œuvre. Par exemple, le droit d'œuvre en japonais ou en chinois est généralement traduit en français par droit d'auteur.

Certes, ce phénomène existe également pour la traduction du droit d'auteur ou du « copyright ». Parfois, le concept de droit d'auteur est traduit en anglais par « copyright ». La notion de « copyright » est souvent traduite par le droit d'auteur en français. Cependant, cette traduction ne signifie pas que les pays du droit d'auteur et les pays du « copyright » confondent les

40. Copyright Law of the People's Republic of China, URL : <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn001en.pdf>, visité le 3 juin 2021.

concepts des uns avec les autres, mais plutôt en raison des habitudes d'usage de la terminologie au sein de leurs systèmes respectifs. Après tout, lors de la rédaction de la Convention de Berne, le comité de rédaction a déclaré en 1885 que le nom de la convention correspond à l'expression « propriété littéraire et artistique » et que chaque pays devrait adopter des expressions communes telles que le droit d'auteur ou le « copyright » pour la traduire⁴¹. Cela signifie que cette méthode de traduction qui tient compte des habitudes d'utilisation des termes est bien connue dans le monde. Ainsi, même si le « copyright » est parfois traduit par le droit d'auteur en français, cela ne signifie pas que le droit d'auteur et le « copyright » soient considérés comme le même concept. Il s'agit simplement d'une méthode spéciale conçue pour faciliter la compréhension du sens des mots étrangers par les francophones.

Mais en termes de droit d'auteur, en raison de l'absence d'une traduction standard en langue étrangère, les chercheurs en dehors de la région ne connaissent pas la véritable signification du droit. Ils ont tendance à penser que les lois protégeant les auteurs en Asie de l'Est n'ont aucune particularité de forme ou de fond. Cela affaiblit le statut relativement indépendant du droit d'œuvre par rapport au « copyright » et au droit d'auteur. Face à cet inconvénient, nous suggérons d'adopter directement le concept de droit d'œuvre en langues étrangères dans la futur, au lieu d'utiliser les concepts de droit d'auteur ou de « copyright » pour le traduire.

41. Voir Sam Ricketson and Jane C Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond*, traduit par Guo Shoukang, Liu Bolin, etc., Presses de l'Université Renmin en Chine, 2016, p. 198-199.

B. L'exclusion de jouissance des droits moraux par les personnes morales

Dans les régions du droit d'œuvre, les personnes morales peuvent jouir de droits moraux. Au Japon et en Corée du Sud, les législateurs désignent directement les employeurs comme les auteurs des œuvres des salariés. Selon l'explication des universitaires japonais, lorsqu'une personne morale obtient le statut d'auteur, elle peut également jouir du droit moral de l'auteur⁴². En Chine, les œuvres des salariés sont divisées en deux types, à savoir « l'œuvre de service » dont le salarié est prévu en tant qu'auteur, et « l'œuvre de personne morale » dont la personne morale est définie comme l'auteur. Selon les jugements des tribunaux chinois, la personne morale jouit des droits moraux complets sur l'œuvre de la personne morale⁴³. À Taïwan, le statut de l'auteur peut même être transféré de l'auteur salarié à l'employeur. Selon l'article 12 de la loi sur le droit d'œuvre de Taïwan, les salariés sont définis comme les auteurs des œuvres de salariés, mais les employeurs peuvent obtenir le statut d'auteur par le biais d'un accord contractuel. Ainsi, les employeurs peuvent également jouir des droits moraux en tant qu'auteur.

Cette règle provient effectivement de la transplantation simultanée du droit de l'auteur et du « copyright ». D'une part, ces législateurs du droit d'œuvre se réfèrent aux règles du droit américain des « œuvres réalisées pour l'emploi » (works made for hire)⁴⁴, en reconnaissant les employeurs en tant

42. Voir Handa Masao, Wenya Masao : 50 conférences sur le droit d'auteur, Traduit par Wei Qixue, Press de droit, 1990, p. 87.

43. Voir par exemple la Cour supérieure de Hubei, Zhang Xiaoning c/Entreprise de conception créative d'oiseaux tricolores de Wuhan, arrêt n° 1218, 2020.

44. Voir l'article 201 de la loi américaine sur le « copyright ».

qu'auteur. D'autre part, les législateurs font référence au droit d'auteur en conférant à l'auteur le droit moral sur l'œuvre. Lorsque les deux parts sont réunies, les employeurs peuvent ainsi jouir du droit moral.

Toutefois, cette règle est totalement déraisonnable. En fait, le droit moral est né sous l'influence de la théorie de la personnalité. Seules les personnes physiques peuvent jouir du droit moral. Cela est également reconnu dans les pays du « copyright ». Bien que la loi américaine sur le droit d'auteur ait qualifié l'employeur comme l'auteur des œuvres réalisées pour l'emploi, elle ne confère aucun droit moral à l'employeur. Selon l'article 106 de la loi, les droits moraux n'existent que sur les œuvres d'art visuel, tandis que l'article 101 de la loi exclut les œuvres de salariés des œuvres d'art visuel. Cela signifie qu'il n'y a pas de droit moral sur les œuvres de salariés.

Par conséquent, les législateurs du droit d'œuvre ont placé les dispositions contradictoires dans la même position. Il est donc nécessaire de la modifier en refusant d'accorder des droits moraux aux personnes morales.

C. Le rejet de qualification du résultat généré par IA comme l'œuvre protégée : le besoin en Chine

Avec le développement rapide de la technologie de l'intelligence artificielle, les chercheurs ont commencé à se demander si les résultats générés par l'intelligence artificielle peuvent être définis comme des œuvres protégées. La clé pour répondre à cette question est de savoir si un objet qui n'a pas été créé par l'homme peut encore être considéré comme une

œuvre? Cependant, presque tous les pays ont jusqu'à présent donné une réponse négative, mais la réponse de la Chine est complètement différente.

En fait, la Chine a également donné une réponse négative au début. Dans l'affaire du « Feilin » dont le jugement de première instance a été rendu en avril 2019, la Cour de l'Internet de Pékin a déterminé que les résultats générés automatiquement par les ordinateurs ne constituent pas des œuvres. Il s'agit d'un rapport d'analyse sur l'industrie cinématographique et télévisuelle, qui comprenait des graphiques et des textes spécifiques. De l'avis du tribunal, les graphiques en cause dans l'affaire ne constituaient pas des œuvres d'art, car elles n'ont pas été dessinées par le demandeur, mais ont été générées automatiquement par une base de données préexistante. Quant au texte du rapport en cause dans l'affaire, la Cour a jugé qu'il ne constituait pas une œuvre littéraire, car il a été généré automatiquement par un logiciel selon des mots-clés sélectionnés par le demandeur, et qu'il n'avait pas été créé par une personne physique⁴⁵. Ce jugement a été confirmé par la Cour de la propriété intellectuelle de Pékin en deuxième instance.

Cependant, la Chine a ensuite donné une réponse affirmative dans un autre jugement. Dans l'affaire « Tencent » dont le jugement de première instance a été rendu en décembre 2019, la Cour du district de Nanshan à Shenzhen a qualifié un article généré par l'intelligence artificielle comme une œuvre protégée. Il s'agissait d'un robot d'écriture nommé « Dreamwriter » développé par la société de Tencent. Il peut générer automatiquement un

45. Voir la Cour de l'Internet de Pékin, Cabinet d'avocats de Feilin à Pékin *c/l'entreprise de technologie de Baidu à Pékin*, arrêt n° 239, 2018.

grand nombre d'articles sur l'actualité quotidienne. Le défendeur a reproduit un article écrit par Dreamwriter sur son site Internet, ce qui a donné lieu au litige en cause.

Dans le jugement, la Cour avait tout d'abord affirmé la valeur nécessaire de la participation humaine à la création des œuvres. Ce point de vue n'est pas différent de celui des tribunaux étrangers. Toutefois, la Cour a estimé que le processus de génération automatique d'articles par le logiciel « Dreamwriter » ne peut être considéré comme l'ensemble du processus de création, car le logiciel ne peut pas fonctionner de manière totalement inconsciente. Par la suite, elle a jugé que la façon dont le logiciel fonctionnait automatiquement représentait le choix du demandeur. Plus précisément, selon elle, le demandeur a fait des arrangements et des choix en termes de types de données, de formats de données, de structure d'article et de styles d'écriture, etc. Par conséquent, la Cour a conclu que le texte en cause dans l'affaire constituait une œuvre littéraire⁴⁶.

Cependant, il existe quelques problèmes avec ce jugement à notre avis. Nous pouvons constater que la Cour étend en fait le processus de création au paramétrage du logiciel. Tant qu'un logiciel est arrangé et sélectionné par des êtres humains avant son fonctionnement effectif, les résultats produits par le logiciel sont considérés comme des œuvres. Toutefois, la Cour confond la préparation des instruments de travail avec le travail ou la création elle-même. Selon l'article 3 du règlement d'application de la loi chinoise sur le droit d'œuvre, « la création fait référence aux activités intellectuelles qui

46. Voir la Cour du district de Nanshan à Shenzhen, la Société informatique Tencent à Shenzhen c/la société de technologie de Yingxun à Shanghai, arrêt n° 14010, 2019.

produisent directement des œuvres littéraires, artistiques et scientifiques ». Cet article prévoit également que la fourniture des conditions matérielles de création ne doit pas être considérée comme faisant partie intégrante de la création. Dans cette affaire, la participation humaine ne consiste qu'à préparer des outils de travail, ou à mettre en place des outils de travail. Bien que l'arrangement des outils exerce une influence sur les résultats, il ne déterminera pas le contenu spécifique du texte. Par conséquent, le tribunal reconnaît en fait un résultat sans participation humaine comme une œuvre.

Alors pourquoi les tribunaux chinois ont-ils fait un tel choix ? Cela tient principalement à la théorie de base de la loi chinoise sur le droit d'œuvre.

D'une part, il n'existe pas de tradition du droit naturel en Chine. En l'absence d'influence du droit naturel, la participation d'une personne physique à la création n'est pas la clé de la qualification d'une œuvre. Même si la Chine utilise parfois des règles issues du droit naturel, elle prend souvent des décisions qui violent le droit naturel.

Nous pouvons prendre l'affaire « Feilin » comme un exemple. Bien que la Cour de l'Internet de Pékin ait clairement mis en avant l'exigence selon laquelle les œuvres doivent être réalisées par une personne physique, elle a rendu une conclusion inattendue. Elle a jugé que les résultats générés par l'intelligence artificielle étaient originaux, car ils reflétaient une sélection, un jugement et une analyse sur les données⁴⁷. Cependant, la méthode consistant

47. Voir la Cour de l'Internet de Pékin, Cabinet d'avocats de Feilin à Pékin *c/l'entreprise de technologie de Baidu à Pékin*, arrêt n° 239, 2018.

à adopter le choix et le jugement comme éléments d'identification de l'originalité est en fait dérivée de la théorie traditionnelle de la personnalité. Elle visait à l'origine à analyser si l'œuvre reflétait les éléments de personnalité de l'auteur. En revanche, bien que la Cour de l'Internet de Pékin dans cette affaire ait directement adopté cette méthode pour déterminer l'originalité, elle a complètement ignoré le facteur de personnalité issue d'un être humain. Cela comportait en fait des erreurs évidentes.

Nous pouvons également prendre le débat sur la nature des droits moraux en Chine comme autre exemple. Bien que la plupart des chercheurs chinois affirment la valeur indépendante des droits moraux, certains universitaires chinois pensent que le droit moral n'est qu'une sorte de droit patrimonial au sein du droit d'œuvre⁴⁸. Certains chercheurs pensent que l'incorporation des droits moraux dans le système de propriété intellectuelle est purement accidentelle⁴⁹.

D'autre part, le législateur chinois est profondément influencé par l'utilitarisme, en considérant l'incitation aux créations et au développement de la culture comme l'objectif législatif de la loi. Cela est directement prévu dans l'article premier de la loi⁵⁰. Certes, ce type d'objectif législatif à fort utilitarisme se retrouve aussi dans d'autres pays du droit d'œuvre. Nous

48. Voir Yang Yanchao, *Les droits moraux des œuvres*, Presse du droit, 2007, p. 152-185.

49. Voir Li Chen, *Des doutes sur l'intégration des droits moraux et des droits patrimoniaux dans les droits de propriété intellectuelle*, *Sciences sociales chinoises*, 2004, No.2, p. 78.

50. L'article premier de la loi chinoise sur le droit d'œuvre prévoit : « La présente loi est promulguée, conformément à la Constitution, aux fins de protéger le droit d'auteur des auteurs sur leurs œuvres littéraires, artistiques et scientifiques et les droits et intérêts voisins du droit d'auteur, d'encourager la création et la diffusion d'œuvres qui contribueraient à la construction de la civilisation spirituelle et matérielle socialiste, et de promouvoir le développement et la prospérité de la culture et de la science socialistes ».

pouvons voir que le Japon, la Corée du Sud et la Chine ont mis en place des stratégies nationales sur les propriétés intellectuelles, en visant à utiliser les lois sur les propriétés intellectuelles pour promouvoir le développement industriel. Mais, cette couleur utilitaire est plus intense en Chine. Par rapport à la Chine, bien que d'autres pays du droit d'œuvre n'aient pas non plus de tradition du droit naturel, ils incorporent quand même certains éléments du droit naturel. Par exemple, au Japon, après la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Japon a été influencé par le mouvement de renaissance du droit naturel dans les pays occidentaux. Ainsi, l'utilitarisme est également limité dans une certaine mesure dans ces pays. Mais de telles restrictions n'existent pas encore en Chine.

En conséquence, en Chine, même sans participation humaine, tant que la protection d'un résultat peut favoriser la création, les tribunaux chinois sont prêts à le définir comme une œuvre. Cela peut être vu dans une interview avec Zhou Lingjun, l'un des juges qui a participé au procès de l'affaire « Tencent ». Selon lui, la qualification des résultats générés par l'intelligence artificielle comme des œuvres est conforme à l'objectif législatif de la loi chinoise sur le droit d'œuvre qui vise à stimuler la création. De plus, à son avis, une telle qualification peut favoriser le développement de l'industrie de l'intelligence artificielle⁵¹.

51. Voir Tian Yuzhuang, « La première affaire du pays à identifier les articles générés par l'intelligence artificielle comme une œuvre, a été classée parmi les dix affaires les plus importantes des tribunaux populaires de Chine en 2020 ».

URL : <https://www.dutenews.com/p/1194777.html?isRecommendHref=1>, visité le 22 février 2023.

En revanche, le droit naturel a exercé une forte influence sur les pays du droit d'auteur et ceux du « copyright ». Bien que les pays du « copyright » aient un fort utilitarisme, ils sont toujours influencés par la théorie du travail de Locke. De plus, les pays du droit d'auteur sont profondément influencés par la théorie de la personnalité. Par conséquent, les pays des deux systèmes considèrent la participation humaine comme un élément essentiel dans la création d'œuvres. Les résultats obtenus par l'intelligence artificielle n'ont pas encore été reconnus comme des œuvres dans ces pays.

D. La clarification des ambiguïtés de l'originalité : le besoin en Chine

En ce qui concerne la détermination de l'originalité, les tribunaux chinois ont introduit à la fois la règle du droit d'auteur et celle du « copyright », ce qui a finalement conduit à de sérieux désaccords dans les décisions judiciaires. Cette différence se reflète principalement dans les exigences du degré de créativité. D'une part, certains tribunaux chinois ont jugé que l'originalité n'exige qu' « un degré minimum de créativité ». Cette norme est similaire à celle du « copyright »⁵², qui s'est manifestée dans l'affaire Feist jugée par la Cour suprême des États-Unis en 1991⁵³. D'autre part, certains tribunaux ont jugé que l'originalité exige « un certain degré de créativité », qui est similaire à celle du droit d'auteur. Les deux normes sont appliquées depuis longtemps en Chine. Certains tribunaux appliquent des critères d'originalité différents dans une même décision. Par exemple, la Cour supérieure du Zhejiang a jugé dans une affaire que pour qualifier l'originalité, il faut avoir « un certain niveau

52. Voir la Cour du district de Nanshan à Shenzhen, la Société informatique Tencent à Shenzhen c/la société de technologie de Yingxun à Shanghai, arrêt n° 14010, 2019.

53. Voir Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 345 (1991).

de création intellectuelle », mais elle a également souligné qu' « un niveau minimum de créativité est requis ».

En pratique, l'utilisation simultanée de ces deux normes différentes a entraîné de très mauvaises conséquences. Par exemple, sur la question de savoir si un programme d'événements sportifs constitue une œuvre, différentes normes d'originalité conduiront à des jugements différents. Il existe des tribunaux en Chine qui adoptent une norme d'originalité plus élevée. Selon eux, les images d'un programme d'événement sportif ne sont qu'un enregistrement objectif du déroulement d'un match, de sorte qu'elles ne peuvent pas répondre à l'exigence d'originalité. Toutefois, d'autres tribunaux ont appliqué une norme d'originalité moins élevée. Selon eux, les programmes d'événements sportifs ont déjà reflété les choix et les arrangements personnels des créateurs tels que les réalisateurs et les diffuseurs, ils satisfont donc l'originalité. En fait, le premier point de vue adopte la norme d'originalité similaire au droit d'auteur, tandis que la seconde adopte la norme du « copyright ».

Afin de résoudre de tels conflits, il faut que la Chine choisisse une seule norme. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la norme du droit d'auteur prévaudra. En effet, dans les pays de droits d'auteur qui ont d'abord instauré une dichotomie entre droits voisins et droits d'auteur, les programmes d'événements sportifs ont été jugés incapables de satisfaire à l'exigence d'originalité. Par exemple, la Cour fédérale allemande a jugé que les images formées par le tournage de sports ne constituaient pas des œuvres cinématographiques.

IV. CONCLUSION

Pendant longtemps, la notion de droit d'œuvre était inconnue dans les pays du droit d'auteur et ceux du « copyright ». Même dans les pays du droit d'œuvre, de nombreux chercheurs la confondent avec les deux derniers concepts. Il est nécessaire de reconnaître l'indépendance de ce système vis-à-vis du droit d'auteur et du « copyright ». Son existence est d'une grande importance pour le droit d'auteur et le « copyright ». Puisque les règles du droit d'œuvre trouvent leur origine dans la transplantation simultanée de ces deux derniers, son existence peut être considérée comme un résultat de la fusion de ces deux systèmes. Cela a considérablement réduit la distance entre le droit d'auteur et le « copyright », ce qui peut contribuer à briser le stéréotype selon lequel il existe un énorme fossé entre ces deux modèles.

ACTUALITÉS EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR EN AMÉRIQUE LATINE



RAFAEL FARIÑAS¹

Avocat, docteur en droit de l'Université centrale du Venezuela (UCV)

Vice-président pour le Venezuela de l'Institut interaméricain du droit d'auteur (IIDA)

Directeur régional de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC) pour l'Amérique latine et les Caraïbes.

INTRODUCTION

Le droit d'auteur en Amérique latine et dans les Caraïbes² est dans une situation paradoxale : d'une part, de nombreux pays de la région sont

1. Avocat, docteur en droit de l'*Universidad Central de Venezuela* (UCV) à Caracas. Conférencier invité dans les programmes de troisième cycle en propriété intellectuelle de l'*Universidad Monteávila* à Caracas (Venezuela), de l'*Universidad de los Andes* à Mérida (Venezuela) et de l'Universidad de Buenos Aires en Argentine. Il est vice-président de l'*Instituto Interamericano de Derecho de Autor* (IIDA) et directeur régional de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC) pour l'Amérique latine et les Caraïbes.

2. L'Amérique latine désigne les pays où l'on parle principalement l'espagnol et le portugais en Amérique du Sud, en Amérique centrale, dans les Caraïbes, au Panama et au Mexique. Porto Rico et Haïti ne sont pas inclus en raison de leurs régimes juridiques différents : Delia Lipszyc,

confrontés à des défis économiques et sociaux quotidiens tels que l'inflation et l'immigration, mais d'autre part – et en dépit de cela – des indicateurs positifs ont été observés après la promotion et l'approbation de lois qui servent de cadre à une protection efficace des droits des créateurs.

L'impulsion vient non seulement des auteurs et des sociétés de gestion collective dont ils sont membres, mais aussi des juges, dont la jurisprudence se montrer souvent favorable aux droits des auteurs et des titulaires de droits voisins. Bien qu'ils ne soient pas nombreux, les exemples en la matière suffisent généralement à maintenir le rythme et la confiance dans le système.

Le présent article a pour but d'aborder certaines questions liées à cette réalité en Amérique latine. À ce titre, nous empruntons la déclaration du prix Nobel Gabriel Garcia Marquez – émise à une autre époque et dans un autre contexte – selon laquelle la vérité en littérature n'est pas photographique, mais synthétique, et que la recherche des éléments essentiels à cette synthèse est l'un des secrets de l'art de la narration³. Nous tenterons d'appliquer cette idée à une discipline qui est une littérature non fictionnelle – le droit d'auteur – mais qui est également constituée de mots articulés dans des normes visant à protéger les droits moraux et économiques du créateur. Ce qui suit est notre synthèse de cette réalité dans cette région : considérations sur la gestion collective ; réglementation de la copie privée et sa mise en œuvre

« Le droit d'auteur et les droits connexes en Amérique latine », *Masterclass à l'Institut du droit d'auteur*, 2014, Madrid. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/3a2wFP5>

3. Mendoza, Plinio A., *Conversaciones con Gabriel García Márquez. El olor de la guayaba*, Editions Planeta Mexicana, DIANA, 2015, p. 155-156 : « (...) *la realidad en la literatura no es fotográfica sino sintética, y encontrar los elementos esenciales para esa síntesis es uno de los secretos del arte de narrar* ».

en Amérique latine; droits à rémunération pour les auteurs audiovisuels et leur apogée en Colombie et au Chili, et expériences régionales d'octroi de licences pour les droits numériques par le biais de modèles du guichet unique.

Qu'ils soient suffisants ou non, nous allons maintenant tenter de mettre en évidence les éléments essentiels qui nous rapprochent de cette réalité synthétique et actuelle du droit d'auteur en Amérique latine.

1. CONSIDÉRATIONS SUR LA GESTION COLLECTIVE DU DROIT D'AUTEUR EN AMÉRIQUE LATINE

1.1. Données statistiques sur la région

L'Amérique latine et les Caraïbes comptent actuellement 46 sociétés de gestion collective réparties en 24 pays. 30 d'entre elles gèrent le répertoire musical, 9 le répertoire audiovisuel, 7 le répertoire des arts visuels et 7 le répertoire dramatique et littéraire. Par ailleurs, certaines de ces sociétés gèrent plus d'un type de répertoire⁴.

La pandémie de COVID-19 a entraîné une réduction du montant des redevances perçues dans la région. En 2021, la somme totale collectée dans la région s'élevait à 368 millions d'euros, dont 90,7 % provenaient du secteur de la musique. Comme l'indique le Rapport sur les collectes mondiales

4. Rapport annuel 2023 de la CISAC. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.cisac.org/fr/Actus-Media/news-releases/la-cisac-publie-son-rapport-annuel-2023>

établi par la CISAC⁵, ce montant représente 3,8 % des collectes mondiales. Depuis la pandémie, des changements sont intervenus : des festivals comme Lollapalooza et Rock in Rio, ainsi que de grands concerts et des représentations en direct, sont revenus sur les principaux marchés du Brésil, de l'Argentine, du Mexique, de la Colombie, du Chili, du Pérou et de l'Équateur. En outre, l'utilisation des plateformes numériques s'est également accrue.

Le rapport 2023 de la CISAC sur les collectes mondiales⁶, publié le 26 octobre 2023, a révélé que les collectes de droits d'auteur dans la région pour l'année 2022 ont atteint un total de 612 millions d'euros, affichant un taux de croissance de 61,1 % par rapport à l'année précédente. Cette augmentation place la région en tête en termes de taux de croissance.

1.2. La nature juridique des sociétés de gestion collective en Amérique latine

En Amérique latine, les sociétés de gestion collective sont des organisations à but non lucratif qui doivent obtenir l'autorisation du gouvernement pour fonctionner. Les services compétents en matière de droits d'auteur et de droits voisins accordent généralement cette autorisation. Bien que ces sociétés soient parfois en charge de sommes importantes pour gérer les licences et percevoir les droits associés aux œuvres de leurs membres, il ne s'agit pas de leur objectif final. Il s'agit plutôt d'un moyen d'atteindre leurs objectifs. Les droits perçus

5. Rapport de la CISAC sur les collectes mondiales 2022. Disponible à l'adresse : <https://www.cisac.org/fr/Actus-Media/news-releases/les-collectes-mondiales-destinees-aux-createurs-ont-augmente-de-58-en>

6. Rapport de la CISAC sur les collectes mondiales 2023. Disponible à l'adresse : <https://www.cisac.org/fr/services/etudes-et-recherches/rapport-sur-les-collectes-mondiales-2023>

appartiennent à leurs titulaires, et les sociétés ne peuvent utiliser une partie de l'argent pour leurs dépenses administratives que dans la limite du pourcentage maximum établi par les dispositions légales ou statutaires. L'article 45 (e) de la Décision 351 de la Communauté andine (*Comunidad Andina – CAN*)⁷ reflète ce principe, qui est repris, avec de légères variations, dans la législation en matière de droit d'auteur et de droits voisins d'autres pays de la région.

Chaque société est habilitée à fixer et à libérer des droits, à percevoir des paiements et à les répartir entre ses membres locaux et les membres des sociétés internationales, en tenant compte de la participation proportionnelle à l'utilisation réelle des œuvres (par exemple, ce principe est énoncé à l'article 29 (9) (10) de la Loi panaméenne sur le droit d'auteur et les droits voisins).

La réglementation relative aux entités de gestion collective diffère au Salvador, au Costa Rica et à Cuba. Au Salvador⁸, la Loi pour la promotion de la propriété intellectuelle exige que *ces entités soient constituées sous n'importe quelle catégorie de société régie par le code du commerce* (article 103). En outre, la loi prévoit que ces entités doivent *enregistrer leurs statuts auprès du registre du commerce* (article 12). Au Costa Rica, le Règlement de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins stipule que les sociétés de gestion collective sont des personnes morales privées dont l'objectif principal est de protéger les droits économiques des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins, plutôt que de rechercher uniquement le profit ou le gain (article 48). À Cuba, la Loi sur le droit d'auteur et les artistes interprètes ou exécutants précise que les

7. La Communauté andine comprend les pays du Pacte andin : Bolivie, Colombie, Équateur et Pérou.

8. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/45IrXCi>

organismes d'État créés pour la gestion collective des droits protégés par la loi exercent cette fonction sans but lucratif, avec une personnalité juridique et des actifs (article 90). (Nous soulignons).

1.3. Considérations sur la jurisprudence colombienne concernant les formes alternatives d'association au-delà de la gestion collective

En Amérique latine, la gestion des droits d'utilisation des œuvres est assurée soit par l'auteur ou le titulaire du droit à titre individuel, soit par l'intermédiaire de sociétés de gestion collective autorisées par l'État à agir en leur nom. Dans ce cas, les sociétés gèrent l'ensemble du répertoire d'œuvres qui leur est confié par leurs associés pour administration. Elles accordent ensuite des licences aux utilisateurs, perçoivent les droits et les distribuent aux titulaires.

En Colombie existent des variantes en matière de gestion des droits. À la suite d'une décision⁹ de la Cour constitutionnelle colombienne en 2004, de nouveaux agents sont apparus, exerçant des activités de licence pour le répertoire des œuvres et la perception des droits sans se constituer formellement en société de gestion collective. Nous qualifierons ces diverses formes d'association de gestion collective irrégulière, dont il convient d'examiner leur origine et leur influence sur le marché colombien.

La Loi colombienne 232 de 1995 établit les règles de fonctionnement des établissements commerciaux dans son article 2 :

9. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/480xKEB>

Malgré ce qui a été dit dans l'article précédent, les établissements ouverts au public doivent respecter certaines conditions pour fonctionner : c) tout établissement qui diffuse publiquement de la musique protégée par le droit d'auteur *doit fournir des quittances délivrées par une autorité légalement reconnue*, conformément à la loi 23 de 1982 et à d'autres réglementations complémentaires.

La Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours concernant cette norme, en raison de sa violation du droit à l'égalité. Le plaignant soutenait en ce sens que la norme est clairement discriminatoire à l'égard des détenteurs de droits d'auteur qui ne sont pas auteurs d'œuvres musicales, puisque ces derniers ne peuvent pas faire valoir leurs droits avec les mêmes privilèges que les auteurs musicaux.

Selon lui, cette situation est due au fait que les établissements commerciaux ouverts au public doivent fournir une preuve de paiement, ce qui facilite le recouvrement des sommes dues et ne laisse aux titulaires non affiliés d'autre choix que d'entreprendre d'autres actions. En outre, l'article c. de la loi susmentionnée viole le droit à l'égalité des auteurs musicaux qui ne sont pas associés à des sociétés de gestion des droits d'auteur, car seules ces entités sont reconnues par le ministère de l'Intérieur pour délivrer l'autorisation nécessaire en matière de droits d'auteur. Le plaignant soutient que l'exercice individuel du droit d'auteur devrait être autorisé.

À cet égard, la Cour constitutionnelle a déclaré que l'interprétation de la notion d'« *autorités légalement reconnues* » a entraîné des limitations

inconstitutionnelles et que, par conséquent, la Cour ne peut déclarer sa constitutionnalité que dans des conditions spécifiques, étant donné qu'une seule interprétation est constitutionnelle. Ainsi, cet article doit être compris dans le sens où la preuve du paiement est requise même dans les cas où les auteurs acceptent des formes alternatives d'association ou utilisent des réclamations individuelles.

La Cour constitutionnelle a déclaré que la section c. de l'article 2 de la Loi 232 de 1995¹⁰ est constitutionnelle, mais seulement pour des redevances spécifiques, examinées à l'époque lors de ce recours. Cela signifie que dans les cas où les auteurs *acceptent des formes d'association autres que la gestion collective ou font valoir leurs droits individuels*, la preuve du paiement doit également être apportée. (Nous soulignons).

En effet, la décision suggère que les auteurs sont ouverts à la possibilité d'accepter d'autres formes d'association au-delà de la gestion collective et qu'ils peuvent faire valoir leurs droits à titre individuel. Comme on pouvait s'y attendre, depuis lors, des agents qui prétendent représenter les auteurs sans être officiellement établis en tant qu'entités de gestion collective, délivrent des licences qui ne couvrent pas les auteurs et les œuvres individuelles, mais plutôt un groupe d'auteurs qu'ils prétendent représenter et dont le contenu est un répertoire d'œuvres. Il est certain que de telles pratiques créent une confusion sur le marché et entraînent une concurrence déloyale avec les sociétés de gestion légalement établies et autorisées par l'État.

10. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/460xio5>

2. LA COPIE PRIVÉE ET SON RÉGIME DE PROTECTION EN AMÉRIQUE LATINE

L'étude de la CISAC¹¹ sur la copie privée identifie quatre scénarios dans les cinq régions du monde : (i) les pays sans exception pour copie privée, (ii) les pays avec une exception pour copie privée, mais sans rémunération compensatoire, (iii) les pays avec une rémunération compensatoire, mais sans système de collecte et de distribution, et (iv) les pays avec à la fois une rémunération compensatoire et un système de collecte et de distribution. 74 pays ont établi une exception pour copie privée dans leur législation, tandis que 38 d'entre eux disposent d'un système de gestion pour une telle rémunération compensatoire.

En Amérique latine, le Paraguay, le Pérou, la République dominicaine et le Mexique disposent d'une exception pour copie privée. Cependant, le Paraguay et le Pérou sont les seuls pays à disposer d'un système de collecte et de distribution. Au Paraguay, la collecte est effectuée par l'*Association paraguayenne des artistes, interprètes ou exécutants* (AIE – *Entidad Paraguaya de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes*), conformément à la résolution 21/2015 de la *Direction nationale de la propriété intellectuelle* (DINAPI – *Dirección Nacional de Propiedad Intelectual*). Cette désignation se fait par le biais d'un accord entre les entités d'auteurs, d'artistes, de producteurs de phonogrammes, d'acteurs et d'interprètes d'œuvres audiovisuelles, tel qu'établi par le Décret 4212/2015¹² du ministère de l'Industrie et du commerce.

11. CISAC, *Private Copying Global Study*, 2017. Disponible à l'adresse : <https://bit.ly/488JDIB>

12. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/3fcpuV1>

Au Pérou, la Loi de l'artiste, de l'interprète et de l'exécutant explique les règles de la copie privée. Entre autres dispositions, cette loi établit à l'article 20 que : la reproduction d'œuvres, d'interprétations ou d'exécutions artistiques uniquement pour l'usage privé sous forme de vidéogrammes ou de phonogrammes sur tout matériel capable de les contenir *exige le paiement d'une compensation pour copie privée qui sera répartie entre l'artiste, l'auteur et le producteur de vidéogrammes et/ou de phonogrammes selon les modalités et les pourcentages établis par le règlement.*¹³ (Nous soulignons).

Le Pérou, comme le Paraguay, dispose d'un système de guichet unique¹⁴ pour les sociétés d'auteurs, d'artistes, d'interprètes et d'exécutants de musique, de producteurs de phonogrammes, de producteurs audiovisuels et d'artistes visuels.

À ce jour, deux projets en cours concernant la rémunération compensatoire pour copie privée au Mexique et en République dominicaine sont en attente d'approbation. Le premier projet vise à incorporer une réforme à la Loi fédérale sur le droit d'auteur¹⁵, qui permet aux titulaires de droits patrimoniaux et de droits voisins d'exiger, à titre de droit inaliénable, une compensation pour toutes les copies ou reproductions de leurs œuvres divulguées utilisées dans des livres ou des publications, des phonogrammes, des vidéogrammes ou tout autre format audio, visuel ou audiovisuel, réalisées dans le cadre des restrictions énoncées aux articles 148 et 151 de la loi. Le second projet vise à modifier le

13. Disponible à l'adresse suivante : <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe041es.pdf>

14. De plus amples informations sur le système de guichet unique au Pérou sont disponibles à l'adresse suivante : <https://bit.ly/2EAdJeP>

15. Loi fédérale sur le droit d'auteur. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/39OUkTa>

Décret présidentiel 284 de 2004 et à établir des lignes directrices particulières pour la perception de la rémunération compensatoire pour copie privée¹⁶.

3. DROIT À LA RÉMUNÉRATION POUR LES AUTEURS AUDIOVISUELS¹⁷

L'Amérique latine est un exemple très illustratif d'une région où, en particulier ces dernières années, la reconnaissance du droit d'auteur pour les œuvres audiovisuelles s'est répandue, faisant de la région un pionnier en matière de protection des droits des auteurs audiovisuels. Cet article se concentre sur la protection du droit d'auteur pour les auteurs audiovisuels (qu'il s'agisse de droits à rémunération ou de droits exclusifs), tels que les réalisateurs et les scénaristes; en Amérique latine, concernant les pays suivants : le Chili, la Colombie, le Panama, l'Uruguay et l'Argentine. Avec l'aide des sociétés de gestion collective locales, ces pays ont progressivement mis en œuvre ces droits qui n'étaient pleinement reconnus dans la région mentionnée qu'il y a quelques années, dans la « Loi Ricardo Larraine »¹⁸ au Chili, la « Loi Pepe

16. Fariñas, R, « La gestión colectiva del derecho de autor en América Latina : Recorrido hacia una nueva realidad », *Instituto Autor*, Madrid, 2020, p.6-7.

17. Ces développements sont issus d'une étude régionale plus complète de la CISAC sur le droit à rémunération des auteurs audiovisuels, qui incluait des données économiques relatives à cette industrie et à son impact sur les droits des créateurs.

18. La Loi 20.959 publiée le 29 octobre 2016 étend l'application de la Loi 20.243, qui définit les normes relatives aux droits moraux et patrimoniaux des interprètes de performances artistiques sur support audiovisuel, aux réalisateurs et scénaristes d'œuvres audiovisuelles, qui auront également le droit de percevoir une rémunération inaliénable et incessible. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/3r6oH4t>

Sánchez »¹⁹ en Colombie, la Loi 64 sur le droit d'auteur et les droits voisins²⁰ au Panama et une réforme de la loi sur le droit d'auteur en Uruguay ayant introduit de tels droits. En Argentine, le droit à rémunération pour les œuvres audiovisuelles est reconnu par le biais d'un système de gestion collective obligatoire établi par les lois et décrets réglementaires respectifs²¹.

En ce qui concerne les réalisateurs et les scénaristes, en Colombie, les sociétés REDES (scénaristes) et DASC (réalisateurs) s'occupent de la collecte; au Chili, c'est la société ATN; en Argentine, les scénaristes sont payés par la société ARGENTORES et les réalisateurs par DAC; tandis qu'en Uruguay, la loi autorise les créateurs audiovisuels à créer une entité de gestion collective et à déléguer la collecte à une autre entité de gestion collective de créateurs. Actuellement, la société de gestion collective AGADU est chargée de la coordination avec les réalisateurs et les scénaristes uruguayens pour la gestion de leurs droits à rémunération. Au Panama, la gestion des droits en est à ses débuts puisque l'EDAP, l'organisme de gestion des droits d'auteur audiovisuels, a été autorisé à fonctionner par la Direction nationale du droit d'auteur en août 2021.

Au Brésil, il existe deux sociétés d'auteurs audiovisuels : la société DBCA pour les réalisateurs et GEDAR pour les scénaristes. Cependant, le droit à

19. Loi n° 1835 du 9 juin 2017, ou « Loi Pepe Sánchez », par laquelle l'article 98 de la Loi 23 de 1982 sur le droit d'auteur est modifié et un droit à rémunération pour la communication publique est établi pour les auteurs d'œuvres cinématographiques. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/3ivwDlt>

20. Loi 64 du 10 octobre 2021 sur le droit d'auteur et les droits voisins. Disponible à l'adresse : <https://bit.ly/3qrSVLz>

21. Lois 11.723, 17.648 et 20.115 et Décrets réglementaires 124/2009 publiés le 24/02/2009 dans le cas de DAC, et Décret réglementaire 473/68 dans le cas d'ARGENTORES.

rémunération des auteurs audiovisuels n'est pas légalement garanti et une proposition est actuellement en discussion au Parlement.

3.1. Droits d'auteur et de propriété sur les œuvres audiovisuelles

3.1.1. CHILI

Selon l'article 27 de la Loi sur la propriété intellectuelle publiée le 2 octobre 1970, la ou les personne(s) qui crée (nt) le contenu intellectuel d'une œuvre cinématographique sont considérées comme les auteurs. Sont présumés coauteurs ceux qui ont participé à l'intrigue, à la mise en scène, à l'adaptation, au scénario, à la musique spécialement créée pour l'œuvre cinématographique, ainsi que le réalisateur. En outre, l'article 27 stipule que si un film a été réalisé à partir d'une œuvre ou d'une mise en scène protégée, les auteurs originaux de ces dernières seront également considérés comme des auteurs.

L'article 29 définit la propriété des droits patrimoniaux comme suit, en dépit de toute disposition antérieure :

Art. 29 : Le contrat entre les auteurs de l'œuvre cinématographique et le producteur implique la cession en faveur de ce dernier de tous les droits sur celle-ci, et lui permet de la montrer en public, de la présenter à la télévision, de la reproduire en exemplaires, de la louer et de la céder, sans préjudice des droits que la présente loi reconnaît aux auteurs des œuvres utilisées et aux autres collaborateurs.

3.1.2. COLOMBIE

Selon l'article 95 de la Loi 23 sur le droit d'auteur de 1982, les personnes reconnues comme auteurs d'une œuvre cinématographique sont le réalisateur ou le cinéaste, l'auteur du scénario du film, le compositeur de la musique et le dessinateur si le dessin est animé.

En ce qui concerne la propriété des droits, il est présumé que les droits sont transférés au producteur dans les termes suivants :

Article 98 : Les droits patrimoniaux sur l'œuvre cinématographique reviennent, sauf stipulation contraire, au producteur.

3.1.3. PANAMA

Conformément à l'article 14 de la Loi 64 du 10 octobre 2012 sur le droit d'auteur et les droits voisins, les coauteurs d'une œuvre audiovisuelle sont, sauf stipulation contraire, les suivants :

1. Le réalisateur ou le cinéaste.
2. L'auteur de l'intrigue.
3. L'auteur de l'adaptation.
4. L'auteur du scénario et des dialogues.

5. L'auteur de la musique spécialement composée pour l'œuvre.

6. L'auteur des dessins, dans le cas de dessins animés.

Selon la loi, si une œuvre audiovisuelle est réalisée à partir d'une œuvre préexistante encore protégée, l'auteur original est reconnu comme l'un des auteurs de la nouvelle œuvre. En ce qui concerne la propriété des droits, selon l'article 19, sauf stipulation contraire, le contrat entre les auteurs de l'œuvre audiovisuelle et le producteur signifie le transfert illimité et exclusif des droits économiques reconnus dans cette loi au producteur, ainsi que le pouvoir de décider de la divulgation de l'œuvre.

3.1.4. URUGUAY

Conformément à l'article 29 de la Loi uruguayenne 9.739 (1937) sur la propriété littéraire et artistique, modifiée par la Loi 17.6616 (2003) sur le droit d'auteur et les droits voisins et autres dispositions, le réalisateur ou le cinéaste, l'auteur de l'intrigue, l'auteur de l'adaptation, l'auteur du scénario et des dialogues, le compositeur (le cas échéant) et le dessinateur (pour les animations) sont considérés comme coauteurs de l'œuvre audiovisuelle, sauf stipulation contraire.

L'article comprend une section qui suppose le transfert des droits d'exploitation au producteur, qui est énoncée comme suit :

Les droits patrimoniaux de l'œuvre audiovisuelle sont supposés être cédés par ses auteurs uniquement au producteur, sauf stipulation contraire. Le

producteur a également le droit de modifier ou d'altérer l'œuvre et de décider de sa divulgation.

3.1.5. ARGENTINE

Selon l'article 20²² de la Loi 11.723 sur le droit d'auteur en Argentine, les réalisateurs, les scénaristes et les producteurs sont tous considérés comme des auteurs d'œuvres audiovisuelles. Le compositeur détient les mêmes droits que les créateurs susmentionnés en ce qui concerne toute œuvre musicale ou cinématographique.

3.2. Les droits à rémunération des créateurs audiovisuels

3.2.1. CHILI

L'article 3 de la Loi 20.243 définit les droits moraux et patrimoniaux des artistes qui interprètent des œuvres artistiques fixées sur support audiovisuel. La Loi 20.959 étend ces droits aux auteurs audiovisuels ; ces auteurs auront un droit irrévocable et incessible à recevoir une rémunération pour les cas de figure suivants :

a) la communication publique et la diffusion par l'intermédiaire des chaînes de télévision, des chaînes câblées, des organismes de radiodiffusion et

22. Les réalisateurs et les scénaristes ont été reconnus comme coauteurs d'une œuvre cinématographique en 2003, après l'entrée en vigueur de la Loi 25.847 de 2003, connue sous le nom de *Ley Noble*, qui a modifié l'article 20 de la Loi 11.723 sur le droit d'auteur de 1933.

des salles de cinéma qui diffusent leur contenu par le biais d'une transmission analogique ou numérique,

b) la mise à disposition du public sur des supports numériques interactifs,

c) la location commerciale des œuvres au public,

d) l'utilisation directe de vidéogrammes ou d'autres fixations audiovisuelles ou leur reproduction à des fins lucratives dans des lieux accessibles au public par le biais de tout instrument approprié.

En ce qui concerne l'inaliénabilité de la rémunération, la loi stipule ce qui suit :

Article 1 : [...] Ce droit n'admet ni résignation ni cession dans les contrats ou actes que le réalisateur ou le scénariste conclut, que ce soit pour l'utilisation de ses œuvres ou la cession de ses droits patrimoniaux.

3.2.2. COLOMBIE

En vertu de la Loi « Pepe Sánchez », les auteurs audiovisuels ont droit à une compensation obligatoire et inaliénable, comme indiqué ci-dessous :

Article 1. Il convient d'ajouter l'article 98 de la loi 23 de 1982, qui reste inchangé : Article 98. Le producteur d'une œuvre cinématographique est titulaire des droits patrimoniaux, sauf stipulation contraire.

Paragraphe 1°. Malgré la présomption de cession des droits des auteurs, prévue à l'article 95 de la présente loi, ceux-ci ont, en tout état de cause, le droit de percevoir une compensation équitable pour toute communication publique de leur œuvre audiovisuelle, y compris la mise à disposition ou la location commerciale au public. Le responsable de la communication au public doit payer directement.

Sur la base de la règle ci-dessus, deux types d'actes donnent lieu à une rémunération équitable :

- a) la communication au public, y compris la mise à disposition du public,
- b) la location commerciale au public.

Conformément à la loi, le paiement spécifié ci-dessus ne doit pas être considéré comme faisant partie d'un transfert antérieur de droits effectué par l'auteur avant l'entrée en vigueur de la loi. Cela signifie que la rémunération conserve son effet, indépendamment de tout transfert antérieur de droits ou de toute disposition relative à l'œuvre de l'auteur avant l'entrée en vigueur de la loi. Par conséquent, les auteurs ont le droit de recevoir cette rémunération de toute personne qui communique publiquement, met à disposition ou loue des œuvres audiovisuelles commerciales.

En outre, en dépit d'un recours en inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle de la République de Colombie a confirmé la loi en question

dans son arrêt C-060/19²³ du 20 février 2019, et a expliqué l'objectif du droit à la rémunération en ces termes :

Pour la Cour, dans l'affaire *pendante*, la limitation est justifiée, initialement, par la nécessité d'améliorer les conditions dans lesquelles s'exerce le travail des auteurs de créations audiovisuelles. En effet, comme le soutiennent la plupart des intervenants, *ce qui est recherché est que les réalisateurs, les auteurs de musique, les scénaristes et/ou les dessinateurs, qui cèdent leurs droits économiques exclusifs au producteur d'une œuvre cinématographique, par voie conventionnelle ou par présomption de légitimité, sur la base d'un revenu qui ne couvre généralement que le moment de la production de l'œuvre, bénéficient à l'avenir d'un avantage économique qui récompense les actes de communication publique dérivant de sa réutilisation, de sa location commerciale, de sa mise à disposition ou de tout autre acte similaire, afin de parvenir à une répartition plus équitable des revenus tirés de l'exploitation d'une création de l'esprit, grâce à une nouvelle rémunération couvrant les périodes d'inactivité et assurant un traitement équitable dans un secteur caractérisé par des liens intermittents, des contrats fréquents de prestation de services et la variabilité des tarifs.* (Nous soulignons.)

La Cour a également déclaré : « *que le bénéfice fonctionne alors dans un but éminemment solidaire puisque toute nouvelle projection, émission ou transmission de l'œuvre apportera un soutien économique à ses auteurs sans préjudice des revenus que le producteur perçoit pour son utilisation* ».

23. Décision de la Cour constitutionnelle de la République de Colombie. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/36ycedi>

En Colombie, la gestion collective est un mécanisme facultatif de perception des droits patrimoniaux des auteurs. Selon la Direction nationale du droit d'auteur²⁴, les tiers peuvent faire confiance à la légitimité des sociétés de gestion collective lorsqu'elles procèdent à des collectes. Celles-ci ne sont pas tenues de divulguer les répertoires qu'elles gèrent, comme l'a confirmé à plusieurs reprises la Cour constitutionnelle, notamment dans sa décision C-833 de 2007. Cette décision stipule, en ce qui concerne la légitimité présumée, ce qui suit :

« [...] Dans ce contexte, par exemple, comme l'a déclaré la Cour dans la décision C-509 de 2004, le concept de légitimité présumée en faveur des sociétés de gestion collective prend de l'importance, reconnu dans la loi 23 de 1982... » et selon lequel « [...] il est basé sur la présomption de contrats conclus par les auteurs ou les associations d'auteurs avec les utilisateurs ou avec les organisations qui les représentent ». La Cour a déclaré que la question en cause a déjà été étudiée par cette Société qui a annoncé que « cette présomption s'aligne sur la Lettre puisqu'elle remplit l'exigence constitutionnelle. L'article 49 de la Décision 351 de 1993 de l'Accord de Carthagène soutient également cette présomption, en stipulant que les sociétés de gestion collective sont habilitées, selon les termes de leurs statuts et des contrats passés avec des organismes étrangers, à exercer les droits confiés à leur gestion et à les faire valoir dans toute sorte de procédures administrative et judiciaire [...] ».

24. Concept du 17 septembre 2018. Dossier de sortie 2-2018-73864 signé par le Dr. Andrés Felipe Varela en tant que chef du Bureau de conseil juridique de la DNDA.

3.2.3. PANAMA

Selon l'article 20 de la Loi panaméenne sur le droit d'auteur et les droits voisins, les créateurs audiovisuels ont un droit inaliénable à recevoir une rémunération proportionnelle :

Nonobstant la présomption de cession des droits patrimoniaux visée au premier alinéa de l'article précédent, les auteurs et les artistes exécutants de l'œuvre audiovisuelle conservent le droit inaliénable de percevoir une rémunération proportionnelle pour les actes d'exposition, de projection, de transmission ou de retransmission de l'œuvre. Les responsables de la communication publique de l'œuvre doivent payer selon les tarifs fixés par les organismes de gestion concernés.

Par conséquent, conformément à la disposition réglementaire précédente, la communication au public donnant lieu à une rémunération proportionnelle et inaliénable comprend :

- a) l'exposition, la projection de l'œuvre,
- b) la transmission publique et la retransmission.

En outre, les responsables de la communication au public paieront pour l'utilisation de l'œuvre conformément aux tarifs dûment établis par les sociétés de gestion.

3.2.4. URUGUAY

En 2019, une modification de l'article 29 de la Loi 9.739 du 17 décembre 1939 a été approuvée, avec la formulation introduite par l'article 10 de la Loi 17.616 du 10 janvier 2003, comme suit :

Article 29 : [...] Les auteurs ou compositeurs de musique ont le droit de percevoir une rémunération pour la communication publique de leur œuvre audiovisuelle, telle que l'exploitation d'œuvres cinématographiques, la location commerciale et la vente de supports matériels. *De même, le droit à une rémunération égale est garanti indépendamment pour les réalisateurs et les scénaristes*²⁵.

La rémunération mentionnée à l'article précédent comprend :

- a) la communication au public de l'œuvre audiovisuelle, y compris l'exposition publique d'œuvres cinématographiques,
- b) la location et la vente commerciales des formats matériels.

Cette réforme permet aux réalisateurs et aux scénaristes de constituer une société de gestion collective pour gérer leur droit inaliénable à rémunération, conformément à la Loi n° 9.739 du 17 décembre 1939, modifiée par la Loi n° 17.616 du 10 janvier 2003. Ils peuvent déléguer la perception de leur

25. Voir la Loi n° 19.858 du 23/12/2019 qui modifie l'article 29 de la Loi n° 9.739 du 17 décembre 1937, modifiée par l'article 10 de la Loi n° 17.616 du 10 janvier 2003. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/3jew8yN>

rémunération à une autre société de gestion collective. La société AGADU est un exemple d'entité générale habilitée à gérer à la fois les droits relatifs à la musique, au théâtre et aux arts visuels et les droits audiovisuels, comme elle le fait actuellement.

3.2.5. ARGENTINE

La Loi 11.723 de 1933 stipule que les sociétés de gestion collective agréées doivent gérer les droits exclusifs conformément à des actes réglementaires spécifiques ou à des décrets qui permettent à ces entités dans le pays de représenter les droits de leurs membres de manière exclusive.

En Argentine, la société ARGENTORES pour les scénaristes, DAC pour les réalisateurs et SADAIC pour les compositeurs de bandes sonores détiennent un monopole légal sur les droits d'exploitation exclusifs de leurs membres.

La société ARGENTORES, conformément à l'article 1 de la Loi 20.115 de 1973, est responsable de la collecte des droits économiques sur l'ensemble du territoire argentin pour l'utilisation des œuvres suivantes :

- a) représentations publiques,

- b) la radiodiffusion, le cinéma, la télévision ou tout autre moyen de diffusion créé ou qui sera créé à l'avenir,

c) la fixation sur un support matériel permettant l’enregistrement de sons, d’images ou d’images et de sons, par quelque moyen ou sous quelque forme que ce soit.

Par ailleurs, l’article 1 du Décret 124/2009 du ministère de la Justice et des droits de l’homme reconnaît la DAC comme le représentant des réalisateurs argentins et étrangers et de leurs successeurs pour recevoir et gérer la rémunération prévue par la Loi n° 11.723 et ses amendements pour :

a) toute exploitation, utilisation ou mise à disposition interactive du public,

b) la communication au public – sous quelque forme que ce soit – des œuvres fixées dans des enregistrements ou d’autres formats audiovisuels.

Il est important de tenir compte de l’article 2 de la Loi 11.723 lors de l’interprétation des dispositions susmentionnées :

Article 2 : L’auteur d’une œuvre scientifique, littéraire ou artistique a le droit de contrôler sa distribution, sa publication, son exécution, sa présentation publique, sa traduction et son adaptation, et d’autoriser sa traduction et sa reproduction sous quelque forme que ce soit.

Enfin, le producteur audiovisuel doit négocier la cession des droits d’exploitation avec les organismes de gestion mentionnés ci-dessus, car ces droits exclusifs, reconnus par la loi, font l’objet d’une gestion collective

obligatoire. La négociation est basée sur les modèles de contrats définis par les sociétés, incluant le droit inaliénable des auteurs à la rémunération. Par ailleurs, les modèles de contrats de production audiovisuelle prévoient que les utilisateurs doivent payer aux organismes de gestion un tarif fixe pour chaque utilisation des œuvres.

4. EXPÉRIENCE RÉGIONALE DE GESTION DES DROITS NUMÉRIQUES PAR LE BIAIS D'UN GUICHET UNIQUE

Dans cette région, il existe trois approches de la gestion des droits d'utilisation numérique. Au Brésil, la gestion de ces droits pour la communication publique, y compris l'utilisation numérique, est assurée par l'ECAD²⁶. L'ECAD est le bureau central chargé de la collecte et de la distribution des redevances, créé par la Loi 5.988/73 en 1973 et devenu opérationnel en 1977. Cette loi a été modifiée en 1998²⁷ par la Loi 9610 et couvre la législation sur les droits d'auteur. L'ECAD comprend ABRAMUS, AMAR, ASSIM, SBACEM, SICAM, SOCINPRO et UBC.

Au Mexique, une entité commune appelée EMMACSACM s'occupe de la gestion de l'utilisation numérique. Ce guichet unique a été créé en 2009 par la Société des auteurs et compositeurs mexicains (SACM) et les Éditeurs mexicains de musique (EMMAC) afin d'octroyer des licences, de collecter et de distribuer les redevances pour les droits numériques. L'EMMACSACM vise à répondre au besoin des plateformes d'obtenir des licences pour l'utilisation

26. Plus d'informations à l'adresse suivante : <https://www4.ecad.org.br/>

27. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/462Motq>

d'œuvres musicales dans le cadre d'une gestion unique et d'un interlocuteur centralisé²⁸.

Les sociétés de gestion musicale des autres pays de la région sont membres de LATINAUTOR, un guichet unique qui octroie des licences et perçoit des redevances pour l'utilisation de la musique sur les plateformes numériques. Cela a fait de LATINAUTOR un centre régional important dans la négociation de licences pour les œuvres musicales dans le domaine numérique²⁹, chargé d'accords majeurs sur des plateformes telles que Spotify, Deezer, Claro, Google Play, YouTube, entre autres.

Les pays couverts par LATINAUTOR³⁰ sont l'Argentine, la Bolivie, le Chili, la Colombie, Cuba, le Costa Rica, l'Équateur, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, la République dominicaine, le Panama, le Paraguay, le Pérou, le Venezuela et l'Uruguay.

4.1. Données statistiques sur la gestion des droits numériques

Selon le Rapport mondial sur les collectes 2022 de la CISAC³¹, les recettes de droits d'auteur de l'Amérique latine et des Caraïbes ont atteint 368 millions d'euros en 2021.

28. Plus d'informations à l'adresse suivante : <http://www.emmacsacm.com.mx/EMMAC/Index>

29. De Freitas Straumann, E., *LATINAUTOR. Los licenciamientos regionales. El rol de las entidades de gestión colectiva manteniendo su jurisdicción en el territorio nacional*, Cuadernos Jurídicos. Instituto Autor, 2020, p. 374.

30. *Ibid.*, p. 375.

31. Disponible à l'adresse suivante : <https://bit.ly/45IIIwZ>

Sur ce montant, 141 millions d'euros correspondent à des droits numériques, soit 38,4 % du total des collectes de la région. Le Brésil, le Mexique et l'Argentine sont les trois principaux contributeurs à ce chiffre. Au Mexique, les recettes numériques représentent les deux tiers des recettes totales et ont plus que doublé en Argentine.

Le rapport 2023 de la CISAC sur les collectes mondiales³² révèle que les droits collectés dans la région en 2022 ont connu une hausse de 61,1 % par rapport à l'année précédente, atteignant un total de 612 millions d'euros.

Dans la région de l'Amérique latine, les revenus générés par les utilisations numériques ont connu une croissance de 64,4 %, atteignant 232 millions d'euros. Cela représente une augmentation de presque trois fois par rapport à 2019, permettant au secteur numérique de dépasser les droits de diffusion et de devenir la première source de revenus en Amérique latine et dans les Caraïbes.³³

À ce titre, il convient d'évoquer plusieurs facteurs qui ont joué un rôle crucial dans la croissance de la gestion des droits numériques dans la région : (i) l'initiative des sociétés de gestion de s'établir en tant que guichet unique pour un service de licence accéléré et centralisé pour les plateformes numériques et (ii) la présence dans la région d'importants services de distribution de contenu en ligne tels que Spotify, Netflix, YouTube, Google Play, Amazon Music, Deezer, Amazon Prime Video, HBO GO ; ainsi que les réseaux sociaux, tels

32. Rapport de la CISAC sur les collectes mondiales 2023. Disponible à l'adresse : <https://www.cisac.org/fr/services/etudes-et-recherches/rapport-sur-les-collectes-mondiales-2023>

33. *Idem*.

que Facebook (y compris ses services additionnels : Instagram, Messenger, WhatsApp, entre autres). Ces plateformes sont en concurrence avec des plateformes nationales telles que Globo Play et Claro Música, qui offrent également des services dans les pays de la région.

Selon le Rapport sur le marché de la musique en Amérique latine présenté lors de la 41^e session du Comité du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI, qui s'est tenue du 28 juin au 1er juillet 2021, cette région du monde a connu la croissance la plus rapide et la plus importante des recettes de l'industrie de la musique. En outre, c'est la région qui connaît la croissance la plus rapide en termes de taux de diffusion en continu et où les artistes hispanophones figurent en bonne place dans les classements de diffusion en continu et sur YouTube³⁴.

(Traduction française de Marie-Céline PALLAS)

34. Cobo, Leila, *Le marché de la musique en Amérique latine*, publication OMPI, 2021. Disponible à l'adresse : <https://bit.ly/3P3gfeg>

La para-propriété intellectuelle

sous la direction de Jean-Michel Bruguière

Dalloz 2022

Thème fort intéressant, en devenir. La propriété intellectuelle sert de référence à certaines situations qui, en réalité, s'en approchent, pour parfois s'en éloigner.

L'ouvrage commence par une introduction de Monsieur Jean-Michel Bruguière (professeur à l'Université Grenoble Alpes). Il s'attache à définir la notion de para-propriété intellectuelle, il observe qu'elle a des existences multiples et qu'elle n'a pas une essence unique.

Les thèmes abordés dans la première partie (l'existence de la para-propriété intellectuelle), montrent que cette notion est souple. La question de l'image des biens fut largement débattue pour finalement échouer. Les études de Monsieur Jean-Pierre Gridel (conseiller-doyen à la Cour de cassation) et de Madame Bérengère Gleize (maître de conférence à l'Université d'Avignon) montrent en quoi et pourquoi une telle hypothèse fut admise à un moment pour finalement *être* rejetée par un arrêt célèbre de la Cour de cassation du 7 mai 2004 rendu en Assemblée plénière qui « *sonnait le glas de cette construction jurisprudentielle en précisant que "le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci; il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal."* » Monsieur

Gridel s'interroge sur la question de savoir pourquoi l'hypothèse de la propriété intellectuelle de l'image des biens est apparue, a pris son essor, puis a été éradiquée tout en analysant des solutions jurisprudentielles qui pourraient être analysées comme des suites possibles. Madame Gleize s'interroge sur la qualification en termes de droit de para-propriété intellectuelle, puisque le rattachement de l'image des biens à la propriété s'est réalisé par « le truchement de la propriété du code civil ».

Dans cette première partie, figure aussi une analyse des droits de para-propriété intellectuelle « consacrés », savoir le droit de l'organisateur du spectacle sportif (par Monsieur Didier Poracchia, professeur à l'École de droit de la Sorbonne), les signes olympiques (par Madame Pascale Trefigny, professeure des universités, Université Grenoble Alpes) et la para-propriété intellectuelle des personnes publiques (par Monsieur Philippe Yolka, professeur de droit public, Université Grenoble Alpes).

Un titre 3 ajoute des droits sur la notoriété économique (par Monsieur Grégoire Loiseau, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne) et sur les données, un nouvel actif à l'intersection des propriétés intellectuelles, à propos de leurs régimes juridiques (par Monsieur Alain Strowel, professeur à UCLouvain, Université Saint-Louis, Bruxelles).

Une seconde partie (Essence et défense de la para-propriété intellectuelle) analyse l'accueil de cette notion par la doctrine (par Monsieur William Dross, professeur à l'Université Jean-Moulin Lyon 3) ainsi que l'action de la pratique sur la para-propriété intellectuelle avec, à l'appui, le droit au pari, les droits

marketing et le parasitisme (par Monsieur Julien Taieb, Head of Legal and Public Affairs, Ligue de football professionnel) et la stratégie de l'avocat (par Madame Annabelle Dalex, avocate *Counsel* au Barreau de Paris)

Le rapport de Madame Valérie Laure Bénabou (professeuse à l'Université de Paris-Saclay) a clos les travaux dans un rapport de synthèse soulignant que 1) la para-propriété intellectuelle est un puzzle, 2) elle est un ersatz et 3) une menace sur la propriété intellectuelle.

Yves Gaubiac

Droit des activités numériques

Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic, Ludovic Paillet

Lefebvre Dalloz 2023, 2^e édition

Cet ouvrage comprend un examen des contrats, de la protection des créations intellectuelles – droit d’auteur, droits voisins, droits sur les logiciels et les bases de données, protection des signes, marques et noms de domaine – ainsi que sous le titre *Protection et contentieux*, de la protection des données personnelles et de la vie privée, des actions en responsabilité, savoir celle à propos des fournisseurs d’accès et des hébergeurs, des plateformes, moteurs de recherche et acteurs et celle « du fait d’une intelligence artificielle » et des litiges et « différends dans l’espace international ».

La deuxième partie de l’ouvrage rédigée par Madame Le Goffic intitulée *Valeurs immatérielles*, couvre notamment le droit d’auteur, les droits voisins et les droits portant sur les créations à caractère technique et utilitaire (logiciels et bases de données). Ces questions sont amplement examinées sur 283 pages. Les développements constituent une synthèse avec en relief les dimensions numériques en jeu, par exemple à propos de l’épuisement des droits (§443), de la paternité (§445), des livres (§466) et des bibliothèques numériques (§467), etc.

L’examen porte sur l’ensemble des concepts de la matière selon le schéma suivant : l’objet de la protection, les titulaires de la protection, le

contenu de cette protection — droits moraux, droits patrimoniaux — droits exclusifs et exceptions. Ces dernières sont décrites suivant la présentation suivante : (i) exception justifiée par le fonctionnement des réseaux – la reproduction provisoire – (ii) exceptions justifiées par la faible incidence des actes – exception pour copie privée, exception du cercle de famille et exception pour représentation accessoire et (iii) exceptions justifiées par des intérêts concurrents – analyses et courtes citations, revues de presse, diffusion des discours, reproduction ou représentation des œuvres d'art dans un but d'information, exception de panorama, reproduction à des fins de conservation et de consultation, diffusion au profit des personnes en situation de handicap, exception de parodie, exception pédagogique, exception de recherche, *Text and Data Mining* et exception de sécurité publique.

Nous sommes dans un monde autre que celui du texte bref de l'article 41 de la loi du 11 mars 1957 qui est devenu, lors de la codification en 1992, l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

Suit un examen des contrats, de la rémunération ainsi que de la mise en œuvre de la protection – mesures préventives (information et identification) et curatives (action en contrefaçon et répression du téléchargement illégal).

En ce qui concerne les droits voisins, Madame Le Goffic décrit les droits des artistes-interprètes, ceux des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, des entreprises de communication audiovisuelle, des agences et éditeurs de presse et des manifestations sportives.

Dans un chapitre 3, Madame Le Goffic s'attache à la protection des logiciels par le droit d'auteur ainsi qu'à celle des bases de données les classant sous le vocable de droits portant sur les créations à caractère technique et utilitaire.

Rappelons également le chapitre 3 du titre 2, de la troisième partie, consacré à la responsabilité du fait d'une intelligence artificielle.

Cet ouvrage a le mérite d'avoir pour objet la dimension numérique des activités humaines appréhendées par le droit. Les analyses sont riches et montrent combien cette dimension accroît son empire.

Yves Gaubiac

COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS DURATION IN HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE

JANE C. GINSBURG

[Morton L. Janklow Professor of Literary
and Artistic Property Law, Columbia Law School*](#)



LAURA MOSCATI

[Professor, Sapienza University of Rome](#)



SUMMARY: I. Beginnings. The contributions of Locke and Napoleon. **II.** Duration in 18th and 19th century Britain and the U.S. **III.** Duration in 18th and 19th century continental Europe. **IV.** Uniformity of duration and internationalization of author's rights. **V.** The U.S. finally adopts a unitary copyright term based on the life of the author. **VI.** Duration and neighboring rights. **CONCLUSION**

The issue of the duration of copyright¹ has provoked controversy throughout the history of copyright law in both common law and civil law countries. In the eighteenth and nineteenth centuries, famous (or notorious)

* Many thanks to Brian Zharov, Columbia Law School Class of 2024 for research and drafting assistance with Part II.

1. See Michel Walter, *La durée du droit d'auteur: perspectives historiques – convergence des systèmes (Introduction)*, at 315, in *THE DURATION OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS: ALAI STUDY DAYS 2010 VIENNA = LA DURÉE DE PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS VOISINS : ALAI JOURNÉES D'ÉTUDES 2010 VIENNE = LA DURACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y DE LOS DERECHOS CONEXOS: ALAI JORNADAS D'ESTUDIO 2010 VIENNA, VIENNA 2012* (which deals with the historical origins in a limited way).

court cases and heated parliamentary debates in England and France pitted partisans of lengthy – even perpetual – protection against advocates for a public domain of copyright-expired works. Durational limits mean that after a reasonable period, anyone should be free to exploit the fruits of others' creative labors, whether in devising their own new works, or in broadly circulating the work in its original guise. The expiration, in 2024, of the copyright in "Steamboat Willie," the precursor to Mickey Mouse, has renewed interest in the U.S. in the principle of a limited copyright term ("limited Times" in the U.S. constitution's phrase). In Europe, the expiration of the copyright in St. Exupéry's "The Little Prince," in most countries in 2015 (70 years after the author's death), but not in France until 2033 (due to wartime extensions), prompts a similar awareness of the temporal limits on the copyright term. In this study, we trace the history of copyright duration from the eighteenth century to the Berne Convention and later multilateral instruments, and to the U.S. adoption in 1976, of a copyright term consistent with Berne norms.

I. BEGINNINGS: THE CONTRIBUTIONS OF LOCKE AND NAPOLEON

Once authors' rights are considered to be a form of property rights, the time limit becomes one of the most controversial issues and a discriminating factor in their historical development. The relationship between duration and copyright in civil law countries starts from the end of the 18th century. It is first necessary to take into account that before that time, starting in the late 15th century, during the regime of printing privileges, there was no uniform term of protection; different sovereigns granted different terms, sometimes

based on the nature or perceived value of the works, and some privileges were either not time-limited or could be successively renewed.² Despite these differences in duration, printing privileges shared many of the hallmarks of property rights: they were assignable and descendible, and enforceable through legal process and legal remedies including fines and destruction both of infringing copies and the means for producing them.³

Our analysis primarily concerns the duration of the economic rights of authors; with respect to moral rights, perpetual protection in almost all civil law countries has been a core topic since their origin.⁴ By contrast, in the common law world, moral rights, after struggling to be recognized at all, generally are coterminous with economic rights.

The first theoretical elaboration concerning the relationship between duration and copyright is due to John Locke, and predates the first copyright statute. We refer to the 1694 *Memorandum* on the Licensing Act⁵, a work published only in the mid-19th century – but known in Parliament thanks to the discussions about a new licensing act –, that aimed to reconcile the economic interests of authors with those of the public. Locke proposed that the property of the work be attributed to the author for all his life and

2. Walter, *supra* note 1, at 315-316.

3. See in particular, Jane C. Ginsburg, *Proto-Property in Literary and Artistic Works: Sixteenth-Century Papal Printing Privileges*, in *THE HISTORY OF COPYRIGHT LAW. A HANDBOOK OF CONTEMPORARY RESEARCH* 237–267 (Isabella Alexander & H. Tomas Gomez-Arostegui eds., 2015).

4. See Laura Moscati, *Origins, Evolution and Comparison of Moral Rights between Civil and Common Law Systems*, 32 *EUR. BUS. LAW REV* 25-52 (2021).

5. John Locke, *Memorandum* (ca. 1694), in *THE LIFE AND LETTERS OF JOHN LOCKE* 202-209 (P. King ed., 1858), with the title *His Observation on the censorship* (ca. 1694), in *M. GOLDIE, LOCKE: POLITICAL ESSAYS* (1997) (used for citations).

an additional term of 50 or 70 years before the fall of the work into the public domain⁶. However, Locke also proposed that the time limit could be calculated starting from the first publication of the work.

In this manner, Locke paves the way for what will become the classic scheme of the duration of author's rights in the civil law world, with recognition of the author's property and an established time in favor of the heirs: «And for those who purchase copies from authors that now live and write it may be reasonable to limit their property to a certain number of years after the death of the author or the first printing of the book as suppose 50 or 70 years»⁷.

Locke also anticipates the essential reasons for the duration in the common law countries where the term starts from the first publication of the work: «And be it further enacted that no book, pamphlet, portraiture or paper printed with the name of the author or publisher upon it shall within [blank] years after its first edition be reprinted with or without the name of the author to it without authority given in writing by the author or somebody entitled by him [...] for the said books, shall vest a privilege in the author of the said book, his executors, administrators, and assigns, of solely reprinting and publishing the said book for [blank] years from the first edition thereof»⁸.

With regard to civil law countries, from the beginning of the 18th century, the principles on authors' rights identified and sustained by Locke,

6. See Laura Moscati, *Un "Memorandum" di John Locke tra Censorship e Copyright*, 76 Riv. Stor. Dir. It. 68-89 (2004); MOSCATI, DIRITTI D'AUTORE. STORIA E COMPARAZIONE NEI SISTEMI DI CIVIL LAW E DI COMMON LAW 26-39 (2020).

7. Locke, *supra* note 5, at 337.

8. *Id.* at 338.

and his subsequent reflections on duration, will have a strong influence in France. The Enlightenment scholars agreed on the attribution of property rights to the authors, but were opposed to the introduction of a time limit, instead strongly advocating the perpetual duration of authors' rights. Major representatives of legal thought such as D'Hericourt, Diderot, David, share this vision, as well as case law through some laws of 1777⁹. In particular, one of these laws grants authors and their heirs exclusive privileges in perpetuity¹⁰.

In continental Europe, the problem of the duration of author's rights has different characteristics. The real moment of transition is the abolition of privileges in August 1789, during the French Revolution, leading to revisiting the issue in favor of specific legislation on author's rights, and debates over the introduction of a time limit for the property of authors.

In 1791, the Revolutionary legislator Le Chapelier delivered his famous speech on the rights of the public to the free establishment of theaters, and the rights of authors of dramatic works. The speech is celebrated for its declaration that « La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain. »¹¹ Le Chapelier did not, however, consider this property

9. See Laura Moscati, *Napoléon et la propriété intellectuelle*, 84 *REVUE HISTORIQUE DE DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER* 551-567 (2006); Moscati, *DIRITTI D'AUTORE*, *supra* note 6, at 74.

10. F.-A. ISAMBERT, J.-F. DECRUSY, A.-J.-L. JOURDAN, 29 *RECUEIL GÉNÉRAL DES ANCIENNES LOIS FRANÇAISES DEPUIS L'AN 420, JUSQU'À LA RÉVOLUTION DE 1789* 108-128 (Paris: Belin-Leprieur et Plon, 1821-1833). There are six edicts promulgated contemporaneously, and even if they are all based on the same subject, the first is the one that attracts the most interest.

11. "The most sacred, the most legitimate, the most unassailable, & if I may say so, the most personal of all properties, is the work, the fruit of the mind of a writer." Le Chapelier's Report (Paris: 1791), in *ARCHIVES PARLEMENTAIRES DE 1787 À 1860. RECUEIL COMPLET DES DÉBATS LÉGISLATIFS ET POLITIQUES DES CHAMBRES FRANÇAISES... PREMIÈRE SÉRIE (1787 À 1799)* 212 (Paris, Paul Dupont 1819).

to be absolute or unbounded. On the contrary, he acknowledged « cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés¹² ». And one of the differences, which Le Chapelier stressed, was duration. Like Locke, Le Chapelier lamented monopolists' (in his case, the *Comédie française*, rather than the Stationers Company) hold over the works of long-dead writers and proposed:

« comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelque fruit de leur travail, il faut que, pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie. Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain. »¹³

The fixed period sought by the dramatic authors and endorsed by Le Chapelier, was the life of the author, and five years following his death:

«pour les auteurs & leurs héritiers ou cessionnaires la propriété la plus entière de leurs ouvrages pendant leur vie & cinq ans après leur mort, ils

12. Translation: "yet it is a property of a totally different kind than other properties."

13. Translation: "...as it is extremely just that the men who cultivate the domain of the mind, retrieve some fruits from their work, it is necessary that during their lives and some years after their deaths, no one can, without their consent, use the product of their genius. But also, after the fixed period, the property of the public commences, and everyone has to be able to print, publish the works which have contributed to enlighten the human spirit."

reconnaissent et même ils invoquent les droits du public, & ils n'hésitent pas à avouer qu'après le délai de cinq ans, les ouvrages des auteurs sont une propriété publique. »¹⁴

The formulation of article II of the 1791 decree echoed Le Chapelier's characterization: « Les ouvrages des auteurs morts depuis cinq ans & plus sont une propriété publique... » Article III established an exclusive right of public performance for living authors (and, implicitly, for the heirs for five years)¹⁵.

The first continental European copyright enactment thus conceptualized two properties, that of the author in his works during his lifetime, and that of the public in those same works, five years after the author's death. The public domain not only bounded the author's exclusive rights, it was an integral part of the copyright scheme. Copyright not only rewarded the creativity of new authors, it also curtailed monopolies in the works of dead authors.

The most important continental European Act regarding authors' reproduction rights is the French decree of 1793, that established, after the author's death, a term that characterizes the French model, which corresponds to the entire lifetime of the author and ten years after his death for the heirs¹⁶.

14. Translation: "for the Authors and their heirs or grantees the entire property of their Works during their life & five years after their death, they recognise and even invoke the rights of the public, and they do not hesitate to confess that after the period of five years, the Works of the Authors are a public property."

15. Translation: "The works of authors dead since five years and more, are a public property..." *Décret relatif aux spectacles du 13-19 Janvier 1791*, in 27 BULLETIN DES LOIS, II, 4-6 (PARIS, IMPRIMERIE NATIONALE 1793).

16. *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits, en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs, 19-24.7.1793*, in 615 BULLETIN DES LOIS, IV 307-310 (Paris, Imprimerie Nationale 1839), art. 7 : « Les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartient aux beaux-arts,

Unlike the 1791 Decree, the 1793 text does not incorporate the locution “public property”, but, as we shall see, the concept was implicit in the limited term.¹⁷

This Act gives an extraordinary acceleration to the development of the duration of author’s rights and spreads extensively to other European countries. That is, in fact, the basis on which the various national laws for the protection of author’s rights are realized, with the affirmation of time-limited rights. It is an essential event for a better understanding of the further development of intellectual property, and especially duration.

Since then, and up to the European Directive of 2011 on duration,¹⁸ the temporal limits of the right of economic exploitation have been constantly revised upwards to the current term of 70 years *post mortem auctoris*, with the idea that protection is amplified by the extension of time.

Therefore, a new type of property is established in France with the 1791 and 1793 laws. However, the introduction of a limited time led to the lack of any provision on the protection of authors in the *Code Napoléon*, because property rights in that document are based on the full and absolute

en auront la propriété exclusive pendant dix années. »

17. Indeed, Lakanal’s speech presenting the 1793 law challenges the phrase “propriété publique,” in the context of published works: “L’impression peut d’autant moins faire des productions d’un écrivain une propriété publique, dans le sens où les corsaires littéraires l’entendent, que l’exercice utile de la propriété de l’auteur ne pouvant se faire que par ce moyen, il s’ensuivrait qu’il ne pourrait en user, sans la perdre à l’instant même.” See 69 ARCHIVES PARLEMENTAIRES DE 1787 À 1860, 186-197 (Paris, Paul Dupont 1905).

18. Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011, amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights [2011] OJ 2011 L 265.

concept of property itself, including its perpetuity. Moreover, an incessant and penetrating debate between legislator and jurists persisted throughout the century.

It is interesting to analyze Napoleon's intervention to the Council of State in 1808 balancing the rights of authors and of the public. He did not only consider the introduction of a time limit as indispensable and central to curb the request for perpetuity, but he offered a new light on the meaning of the limit on authors' rights. As did Locke, Napoleon also believed that the progress of education would be advanced by preventing the dispersion of control over learned works across a multitude of successors: « N*** dit que la perpétuité de la propriété dans les familles des auteurs, aurait des inconvénients. Une propriété littéraire est une propriété incorporelle, qui, se trouvant dans la suite des temps et par le cours des successions, divisée entre une multitude d'individus, finirait, en quelque sorte, par ne plus exister pour personne; car, comment un grand nombre de propriétaires, souvent éloignés les uns des autres, et qui, après quelques générations, se connaissent à peine, pourraient-ils s'entendre et contribuer pour réimprimer l'ouvrage de leurs auteur commun? Cependant s'ils n'y parviennent pas, et qu'eux seuls aient le droit de le publier, les meilleurs livres disparaîtraient insensiblement de la circulation. Il y aurait un autre inconvénient non moins grave; le progrès des lumières serait arrêté, puisqu'il ne serait plus permis ni de commenter ni d'annoter les ouvrages, les gloses, les notes, les commentaires ne pouvant être séparés d'un texte qu'on n'aurait pas la liberté d'imprimer »¹⁹.

19. See *Rapports et questions sur la législation de l'Imprimerie et de la Librairie*, in J.-G. LOCRÉ, DISCUSSION SUR LA LIBERTÉ DE LA PRESSE, LA CENSURE, LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE, L'IMPRIMERIE ET LA LIBRAIRIE 23 (Paris, Garnery 1819) (September 9, 1808).

Thus, Napoleon recognized the proprietary nature of the rights on works of authorship, but he did not want to assimilate them completely to full property. Indeed, the explicit referral to «propriété incorporelle» deeply marks subsequent French legal thought. This is how Napoleon forced jurists to reflect on the nature of authors' rights relating to duration.

Napoleon's intervention into the regulation of authors' rights extended the duration of post-mortem rights from ten to twenty years with the decree of 1810: « D'ailleurs, un ouvrage a produit à l'auteur et à ses héritiers tout le bénéfice qu'ils peuvent naturellement en attendre, lorsque le premier a eu le droit exclusif de le vendre pendant toute sa vie, et les autres pendant les dix ans qui suivent sa mort. Cependant, si l'on veut favoriser davantage encore la veuve et les héritiers, qu'on porte leur propriété à vingt ans »²⁰.

Locke's and Napoleon's reflections represent the crucial points of the correlation between duration and copyright. Locke sought, through the introduction of a time limit, to fight the monopoly of the booksellers because

Translation: "N*** says that the perpetuity of property in the authors' families would create problems. Literary property is incorporeal property which, over time and across inheritances, divided among a multitude of individuals, would end up, in some way, not existing for anyone; because, how could a great number of owners, often distant from one another, and who, after a few generations, barely know each other, agree on reprinting the work of their common author? However, if they cannot agree, yet only they have the right to publish, the best books will disappear without notice from circulation. There would be another no less grave problem: the progress of enlightenment would be stopped, because it would no longer be permitted to comment on, nor to annotate works, because glosses, notes and commentaries cannot be separated from a text which one would not be at liberty to print."

20. *Id.* Napoleon refers to the *Décret impérial contenant Règlements sur l'Imprimerie et la Librairie*, in 12 BULLETIN DES LOIS (5 February, art. 39) (Paris, Imprimerie Nationale 1810). Translation: "In any event, a work will have produced for the author and his hers all the benefits that they naturally may expect of it, once the author has had the exclusive right to sell the work throughout his whole life, and the others during the ten years following his death. However, if one wishes to grant greater favor to the widow and the heirs, let the property of authors be extended to twenty years [after the author's death]."

the lack of competition resulted in poor quality and expensive editions. His objectives were to protect the rights of contemporary authors and also to defend science by ending the monopoly of the booksellers over the major works of the past. Therefore, an educational function is inherent in his thinking.

Napoleon did not have to deal with the problem of the booksellers' monopoly, given that it had been overcome by the abolition of privileges in 1789, and by the 1793 Act. He aimed to protect the public domain of knowledge that, with the shadow of the perpetuity of the rights of heirs, would have impeded free access for the public to the works of science.

II. DURATION IN 18TH AND 19TH CENTURY BRITAIN AND THE U.S.

Throughout the 18th and 19th centuries, the legal concept of copyright duration underwent substantial transformations in both Britain and the U.S., with the latter typically following suit of the former. In Britain, throughout the 16th and 17th centuries, the crown's desire to control the printing press resulted in a licensing scheme conferring on the guild, the Stationers' Company – not on individual authors – a perpetual monopoly over the publication and printing of books. However, this guild-oriented regime drastically changed with the passage of the Statute of Anne (1710), the first copyright statute to be enacted following the expiration of the Licensing Act in 1695. While the Statute of Anne “was essentially a codification of long-standing practices of the Stationers' Company,” the new statute limited the copyright term for 14

years, renewable for an additional 14 years if the author were still alive at the expiration of the first term.²¹ Works that had already been published were provided a single, 21-year copyright term.²²

Notably, the author-centered language of the enacted statute drastically departed from the publishing or guild-centered practice that had and continued to dominate the publishing industry. Nonetheless despite the statute's strong author-centered language, "[e]mphasis on the author...implying that the statutory copyright law was an author's copyright was [with one exception] more a matter of form than of substance."²³ The exception was the reversion of all rights to authors who survived the initial 14-year term. Section 11 of the Statute of Anne provided that "the sole right shall return to the author" at the start of a second 14-year term.²⁴

However, starting in the 1730's, when copyrights began to expire, the publishing companies began to fight against the ending of their monopolies, contending that the Statute of Anne did not displace the already pre-existing common law right inherent in works of authorship. Accordingly, they argued, the perpetual monopoly pre-existing the statute's enactment endured, even after 1710. And thus, the so-called "battle of the booksellers" persisted for the next few decades, in which major copyright holders looked to the courts

21. Mark Rose, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship* 23 REPRESENTATIONS 51, 52 (1988).

22. 8 Anne c. 19 (1710) (Eng.).

23. Rose, *supra* note 21, at 56.

24. *See generally*, Lionel Bently and Jane C. Ginsburg, "The Sole Right... Shall Return to the Authors": *Anglo-American Authors' Reversion Rights from the Statute of Anne to Contemporary U.S. Copyright*, 25 BERKELEY TECH. L. J. 1475 (2011). British courts subsequently treated the reversion right as assignable, thus undermining its author-centric goal.

to maintain their strong-hold over printing and bookselling and the pre-1710 status quo of perpetual publishing monopolies. The 1774 decision of *Donaldson v. Becket*²⁵ was a watershed moment in the “battle of the booksellers,” in which the House of Lords overruled a King’s Bench decision that held that the Statute of Anne did not limit the common law copyright right that had pre-existed its enactment. Indeed, the case “was so fundamental, the entire publishing industry was implicated, and, being directly concerned with the outcome, the press naturally focused special attention on the matter.”²⁶

The case concerned Scottish poet James Thomson’s poem, “The Seasons,” whose copyright had allegedly been purchased by Thomas Becket and other British book publishers. Becket and the other British publishers alleged that the defendant, Scottish printer Alexander Donaldson, infringed their copyright in the poem. Donaldson countered that the statutory period of copyright having expired, the work was in fact in the public domain. The House of Lords proposed five questions before twelve judges regarding whether an enforceable common law right existed before the Statute of Anne, and if the Statute extinguished common law rights.²⁷ The judges recognized

25. 4 Burr. 2408, 7 Bro. P.C. 88 (H.L. 1774).

26. Rose, *supra* note 21, at 52.

27. While before twelve judges, only eleven judges answered the questions. Lord Chief Justice Mansfield, as a member of the House of Lords, declined to answer the questions due to his participation in a previous case, *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 2417 (K.B. 1769).

The questions were:

1. Whether at common law an author of any book or literary composition had the sole right of first printing and publishing the same for sale, and might bring an action against any person who printed, published, and sold the same without his consent.
2. If the author had such right originally, did the law take it away upon his printing and publishing such book or literary composition, and might any person afterward reprint and sell for his own benefit such book or literary composition against the will of the author?
3. If such action would have lain at common law, is it taken away by the statute of 8 Anne, and is an author by the said statute precluded from every remedy except on the foundation of the said statute and on the terms of the conditions prescribed thereby?

a common law right of first publication, which extended in perpetuity even post-publication. Nonetheless, the judges then ruled that the Statute of Anne supplanted this common-law regime. Although the case's holdings with respect to all the five questions are not clear-cut – a debate bolstered by the ambiguous voting patterns of the judges as to each question – what is clear is that, regardless of the common law as it had existed pre-1710, the Statute of Anne established and substituted a limited copyright duration. Accordingly, the House of Lords overturned the injunction.²⁸

A few decades later, in 1814, Britain amended the Statute of Anne by extending the duration of a copyright to 28 years or for the length of the author's lifetime, whichever was longer.²⁹ Interestingly, the ghost of the “battle of the booksellers” made its way within the House of Commons, with some members of Parliament thinking that authors still “had a right in perpetuity.”³⁰ Despite the strong advocates for perpetual copyright duration, the 1814 Copyright Act maintained the principle of the original Statute of Anne's limited copyright duration, albeit providing for a longer term based on the life of the author. As one scholar put it, “It is possible to see the 1814 Act as a breakthrough in terms of the author's place in copyright law, because for

4. Whether the author of any literary composition and his assigns had the sole right of printing and publishing the same in perpetuity by the common law.

5. Whether this right is any way impeached, restrained, or taken away by the statute 8 Anne. *Proceedings in the Lords on the Question of Literary Property*, in 17 PARL. HIST. ENG. (1774) 970–971.

28. 4 Burr. 2408, 2 Bro. P.C. 129 (H.L. 1774).

29. An Act to amend the several Acts for the Encouragement of Learning, by securing the Copies and Copyright of Printed Books, to the Authors of such Books or their Assigns (1814, 54 Geo.III, c.156).

30. House of Commons, LEG. RECORD (May 10, 1814), at 810-11, available at https://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/uk_1814b_1.pdf

the first time the author's lifespan is an important element in the calculation of term."³¹

The push to extend the duration of a copyright continued in the middle of the 19th century, led by a member of the House of Commons, Sir Thomas Noon Talfourd. Between 1837 and 1841, Talfourd introduced multiple versions of a copyright bill to Parliament, to which there was strong opposition. While Talfourd's bill spurred controversy with respect to including an "international dimension" to it—a matter of foreign policy that the Parliament thought ill-suited for a bill— "the aspect of Talfourd's bill which was most discussed, and which came to be regarded as its identifying characteristic, was his attempt to increase the term of copyright from the existing term of the author's life (or twenty-eight-years if the author died before 38 years had elapsed from first publication), to last for the author's life and then sixty years after death."³² Much as during the previous century, the 1842 Parliamentary debates on copyright term extension saw a heated battle between an emphasis on authors' rights on the one hand, and anti-monopolistic sentiments on the other. Indeed, as Mark Rose put it, "The nineteenth century controversy over Talfourd's copyright campaign can be understood as a recapitulation of the eighteenth century literary property debates."³³

31. CATHERINE SEVILLE, *LITERARY COPYRIGHT REFORM IN EARLY VICTORIAN ENGLAND: THE FRAMING OF THE 1842 COPYRIGHT ACT* 4 (1999).

32. SEVILLE, *supra* note 31, at 17-18.

33. Mark Rose, *Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*, 66 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 75, 84 (2003).

On the opposite side of Talfourd was Thomas Babington Macaulay, whose oft-cited 1841 speech to the House of Commons underscores the fear over a prolonged copyright duration:

The principle of copyright is this. It is a tax on readers for the purpose of giving a bounty to writers. The tax is an exceedingly bad one; it is a tax on one of the most innocent and most salutary of human pleasures; and never let us forget, that a tax on innocent pleasures is a premium on vicious pleasures.³⁴

Macaulay conceded that “[i]t is good that authors should be remunerated; and the least exceptionable way of remunerating them is by a monopoly.”³⁵ However, Macaulay’s position was clear: A “monopoly is an evil. For the sake of the good we must submit to the evil; but the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good.”³⁶ Macaulay also asserted that a life-based term would accord an author’s (presumably less worthy) juvenilia more temporal protection than the works of the author’s maturity.³⁷

34. Thomas B. Macaulay, “A Speech Delivered in the House of Commons” (Feb. 5, 1841), in VIII THE LIFE AND WORKS OF LORD MACAULAY 201 (London: Longmans, Green, and Co. 1897).

35. *Id.* at 199.

36. *Id.*

37. Thomas B. Macaulay, “The Second Speech on Copyright,” Delivered to the House of Commons (April 6, 1842), in MACAULAY’S SPEECHES ON COPYRIGHT AND LINCOLN’S ADDRESS AT COOPER UNION 30 (Charles Robert Gaston ed., 1914):

Young men, no doubt, have often produced works of great merit; but it would be impossible to name any writer of the first order whose juvenile performances were his best. That all the most valuable books... have been produced by men of mature years will hardly be disputed.... I know no work of the imagination of the very highest class that was ever, in any age or country, produced by a man under thirty-five.

After years of Parliamentary debate, the Copyright Act of 1842 ultimately passed through concessions and compromises. While Talfourd had hoped for a copyright duration of the author's life plus sixty years post-mortem, the Act extended the duration of copyright to forty-two years from the first publication or the life of the author plus seven years, whichever was longer. Notably, in 1841, Talfourd lost his seat in Parliament during the general election, and Lord Mahon continued Talfourd's push for new copyright legislation (though Mahon was more willing to compromise).

18th-and-19th-century America followed the British lead with regard to copyright duration. Even prior to the adoption of the U.S. Constitution, every state except for Delaware had enacted copyright statutes. On August 18, 1787, James Madison proposed to the Framers of the U.S. Constitution a provision to "secure to literary authors their copyrights for a limited time."³⁸ This ultimately became the precursor to the Intellectual Property Clause of the U.S. Constitution, Article I, Section 8, which granted Congress the power to "promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries." However, the Constitution did not define or limit "by securing for limited Times." Rather, Congress passed the Copyright Act of 1790, which, similar to – in fact, almost verbatim to – the Statute of Anne, set copyright protection at fourteen years, and provided for a second, fourteen-year term if the author lived after the first term.

38. III THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, 477–78 (Max Farrand ed., 1937).

The next significant change in American copyright law with respect to duration came with the enactment of the 1831 Copyright Act, which amended the 1790 Act by increasing the original term to twenty-eight years; it also rescinded the requirement that the author be living at the end of the initial 14-year term, thus allowing the author's reversion rights (which continued to vest at fourteen years) to be granted to widows and children of deceased copyright holders. The passage of the 1831 Act largely resulted from the lobbying efforts of Noah Webster.³⁹ Webster was particularly influenced by England's extension of the term of copyright duration to twenty-eight years.⁴⁰ Accordingly, with the help of his son-in-law, Congressman William Wolcott Ellsworth, Webster successfully lobbied the Congress to pass the 1831 Act. Indeed, Ellsworth echoed his father-in-law's purpose for passing the Act, as indicated in the Report of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives: "[The main purpose of the bill is] to enlarge the period for the enjoyment of copyright, and thereby to place authors in this country more nearly upon an equality with authors in other countries."⁴¹

This pattern of extending the term of copyright continued at the turn of the 20th century, with the third major revision of the U.S. Copyright Act, promulgated in 1909.⁴² While the 1909 Act retained the original term's twenty-eight year duration, the Act extended the renewal term to match that of

39. See generally, O. Bracha, *Commentary on the U.S. Copyright Act 1831*, in PRIMARY SOURCES ON COPYRIGHT (1450-1900) (L. Bently & M. Kretschmer eds., 2008), available at www.copyrighthistory.org.

40. See Noah Webster, *Origin of the Copy-right Laws of the United States*, in A COLLECTION OF PAPERS ON POLITICAL, LITERARY AND MORAL SUBJECTS 175 (New York: Webster & Clark 1843).

41. Register of Debates, vol. 7, appendix CXIX (1830).

42. 17 U.S.C. §§ 24, 26 (1909).

the original term: twenty-eight years, contingent upon the timely submission of a renewal application. Notably, in the years preceding the enactment of the 1909 Act, there had been a strong push to revise the copyright duration system to be based on the author's life. For instance, on January 30, 1907, Representative Currier of Oregon and his committee reported a bill before the House and Senate Patent Committees that would have granted a copyright owner a life-plus-thirty-year term (provided that the copyright owner, at the expiration of twenty-eight years from first publication, notified the Copyright Office of his or her intent to extend for a full term).⁴³ Similarly, a life-of-the-author duration had been lobbied by the famous author Mark Twain, who advocated for a life-plus-50-year term or forty-two years from first publication, whichever is longer.⁴⁴

Nevertheless, this push failed, and the 1909 Act ultimately granted the 56-year term. As the Supreme Court later characterized the debate, “[T]he specific problem with which the Congress was presented [was]: should there be one long term, as was provided for in the bill resulting from the conferences held by the Librarian of Congress, or should there be two shorter terms? The House and Senate committees chose the latter alternative.”⁴⁵ In particular, “[b]y providing for two copyright terms, each of relatively short duration, Congress enabled the author to sell his ‘copyright’ without losing

43. H.R. REP. NO. 7083, 59th Cong., 2d Sess. (1907) (reporting H.R. 25133).

44. See Arguments Before the Committees on Patents on S. 6330 and H.R. 19853, 59th Cong., 1st Sess. 116-21 (1906), reproduced in 4 LEGISLATIVE HISTORY OF THE 1909 COPYRIGHT ACT, Part J, 116-21 (E. Brylawski & A. Goldman, eds., 1976).

45. Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons, 318 U.S. 643, 653 (1943).

his renewal interest. If the author's copyright extended over a single, longer term, his sale of the 'copyright' would terminate his entire interest."⁴⁶

Indeed, the legislative history of the 1909 Act's duration provisions shows how the intertwining of duration and ownership, a hallmark of US federal copyright law from its inception, provided the strongest impetus against a unitary term. As *The Publisher Against the People*, an influential pamphlet published during the debates on the 1909 Act explained, criticizing the proposal to adopt a unitary term based on the life of the author:

The second term of fourteen years to the author or to his widow or children is always a distinct and important advantage to him, and never a disadvantage, because if the author has made an improvident bargain with his publisher for the first term, its disadvantages may be redressed by the bargain for the second term with a surer knowledge of the selling value of the work. The proposed law altogether omits this salutary provision, and under it the publisher will acquire, and the author will forever part with, the entire interest in the work not only for the contingent term during life but also for the absolute term of thirty years from his death, unless the author reserves to himself the ownership of the copyright, which rarely happens.⁴⁷

46. *Id.* at 653–54.

47. Barbara Ringer, *Study No.31, Renewal of Copyright*, at 118 (citing WILLIAM A. JENNER, *THE PUBLISHER AGAINST THE PEOPLE: A PLEA FOR THE DEFENSE* 61 (1907)), in *COPYRIGHT LAW REVISION: STUDIES PREPARED FOR THE SUBCOMM. ON PATENTS, TRADEMARKS, & COPYRIGHTS*, S. JUDICIARY COMM., 86TH CONG., STUDIES 29-31 (Comm. Print 1961), available at <https://www.copyright.gov/history/studies/study31.pdf>

During the debates on the copyright revision bill, the tide appears to have turned definitively against the unitary term when Representative Currier, Chairman of the House Committee on Patents, which had jurisdiction over the revision bill, made a statement whose “significance... can hardly be overestimated:”⁴⁸

Mr. Clemens [the celebrated American author Mark Twain] told me that he sold the copyright for *Innocents Abroad* for a very small sum, and he got very little out of the *Innocents Abroad* until the twenty-eight-year period expired, and then his contract did not cover the renewal period, and in the fourteen years of the renewal period he was able to get out of it all the profits.⁴⁹

The House Report accompanying the final bill underscored the importance of the two-term structure for authors:

The present term of twenty-eight years, with the right of renewal for fourteen years, in many cases is insufficient. The terms, taken together, ought to be long enough to give the author the exclusive right to his work for such a period that there would be no probability of its being taken away from him in his old age, when, perhaps, he needs it the most.⁵⁰

48. Ringer *supra*, note 47, at 119.

49. *Id.* (citing Hearings Before Committees on Patents on Pending Bills, 60th Cong., 1st Sess. 20 (1908)).

50. H.R.REP. NO. 2220, 60th Cong., 2d Sess. (1908), at 14.

Thus, as we shall see in the next section, while European nations were contemporaneously working toward a uniform term of copyright based on the life of the author, the United States maintained its dual terms of copyright, calculated from publication. A double motivation underlay U.S. persistence in retaining the renewal system: “to allow the large bulk of copyrighted works to fall into the public domain at the end of a short definite term,”⁵¹ and to preserve the opportunity for authors to regain rights previously assigned, often on unfavorable terms.

III. DURATION IN 18TH AND 19TH CENTURY CONTINENTAL EUROPE

An essential contribution comes from 19th century French legal thought, particularly from Pardessus and Renouard, and their theories on the relationship between corporeal and incorporeal property, considering the duration of rights and their different nature⁵². However, a conspicuous number of French commentators still debated whether temporal limits should be eliminated in favor of perpetual rights, which only few national laws (Mexico, Guatemala, and Peru) introduced between the 19th and 20th centuries.

51. Ringer, *supra* note 47, at 117-18 (citing H.R. REP. NO. 7083, 59th Cong, 2d sess, 14 (Pt. 1, 1907)).

52. Starting from the first edition of his 4 COURS DE DROIT COMMERCIAL (Paris: 1814-1816), Pardessus introduces the analysis of intellectual property. However, it must be recognized that he had already expressed the same concepts: J.-M. PARDESSUS, *ELÉMENTS DE JURISPRUDENCE COMMERCIAL* 88-93 (Paris: 1811); A.-CH. RENUARD, 2 *TRAITÉ DES DROITS D'AUTEURS DANS LA LITTÉRATURE, LES SCIENCES ET LES BEAUX-ARTS* (Paris, Renouard et Cie., 1838-1839). On Pardessus and Renouard, *see* Moscati, *supra* note 4, at 28-34.

Both Pardessus and Renouard favored a limited duration, although in a context where the temporal aspect of author's rights was very controversial in contemporary legal science. Pardessus also theorized an initial nucleus of authors' moral rights to protect the author as an individual. Unlike the others, these rights would be perpetual and inalienable.

From the mid-19th century, the time limit begins to exert a harmonizing function on authors' rights legislation, which proved to be increasingly indifferent to national borders. In this sense, in continental Europe the *droit d'auteur* was adopted as a model due to the substantial uniformity of national laws derived from the French system. Although excluded from the *Code Civil*, the 1793 French Act first took root in the territories occupied by Napoleon and then in the main European countries. The model stems from the importance and novelty of the legislation, with some minor differences from the original version. These last concern in particular the duration of post-mortem rights, but do not otherwise affect the substance of the rights, leaving a marked impact on the laws of individual countries.

From this point of view, it seems that the history of authors' rights duration develops along a few main trends that share a strong link. First, it can be said that since the 19th century the duration of authors' rights has benefited from an ever-expanding territorial scope, hand in hand with the protection provided to the rights themselves. Initially limited to the contexts of individual nation-states, it transcends their boundaries to project itself within interstate relations, at the beginning through bilateral or trilateral conventions.

The first bilateral treaty, the Austro-Sardinian Convention of 1840⁵³, had tightly connected the concept of the public domain to the end of the term of protection of authors and their heirs. The presence of the principle of a limited term in the Convention constitutes the first example of international law on the subject. It remains an isolated case for a long time, and it should be acknowledged for its singularity, apart from some national laws. Furthermore, it is unique that the principle of the public domain was explicitly expressed in an international treaty: article 24 states: “à l’expiration des délais fixés dans les art. 18, 19, 20, 21 et 22, les œuvres et les productions du génie et de l’art tomberont dans le domaine public.”^{54, 55}, considering that it concerns the rules of national laws, as the Prussian one of 1837⁵⁶, that the treaty implies in its essential principles.

About the concept of the public domain, it is interesting to analyze the thought of the great writer Alessandro Manzoni, who was also a fine jurist on

53. Convention entre S. M. le Roi de Sardaigne et S. M. l’Empereur d’Autriche en faveur de la propriété littéraire, et pour empêcher la contrefaçon des productions scientifiques, littéraires et artistiques, in *TRAITÉS PUBLICS DE LA ROYALE MAISON DE SAVOIE*, VI, Turin, Imprimerie royale 1844, at 156-167 (May 22, 1840).

54. *Id.*, Art. 24: “à l’expiration des délais fixés dans les art. 18, 19, 20, 21 et 22, les œuvres et les productions du génie et de l’art tomberont dans le domaine public.” Translation: “at the end of the periods fixed in arts. 18, 19, 20, 21 and 22, works and productions of authorship and art will fall into the public domain”.

55. By contrast, the Berne Convention, arts. 18(1) and (2), refers to the public domain as a matter of national laws; the Convention appears to assume, but does not require, that Member States recognize the public domain.

(1) This Convention shall apply to all works which, at the moment of its coming into force, have not yet fallen into the public domain in the country of origin through the expiry of the term of protection.

(2) If, however, through the expiry of the term of protection which was previously granted, a work has fallen into the public domain of the country where protection is claimed, that work shall not be protected anew.

56. *Gesetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung*, in *PREUBISCHE GESETZSAMMLUNG* 165-181 (1837).

intellectual property issues. The reprinting of Manzoni's *The Betrothed* in 1845 by the Florentine publisher Felice Le Monnier without the author's consent, gave rise to a legal battle that lasted twenty years and is widely remembered from the perspective of the history of literature. The affair has been less studied in its juridical aspects, in light of the application of the above-mentioned Austro-Sardinian Convention, but it provides a common basis for authors' rights in the various Italian States before the unification of the country⁵⁷.

It is interesting to observe that in his action Manzoni analyses the definition of the public domain, which he took from the *Dictionnaire de l'Académie française* and translated literally⁵⁸. He makes evident that the effort to define the literary property of the public “did not and does not concern in this matter any right other than that which attributes to authors, as born of the thing itself, exchanging by right a title of supreme fairness which, in order to become positive law, needs legislative enactment, which, moreover, as a matter of fairness, is due to him.”⁵⁹ This analysis of the principle of the public domain was linked to the property of authors and rejected by Manzoni precisely because it referred to the property scheme, which he rejected. Manzoni binds the concept of public domain to that of property: “the idea that the works were originally owned by the authors is the necessary predicate to forming the concept of their having passed into the public domain [...]

57. Laura MOSCATI, ALESSANDRO MANZONI «AVVOCATO». LA CAUSA CONTRO LE MONNIER E LE ORIGINI DEL DIRITTO D'AUTORE IN ITALIA (2017).

58. DICTIONNAIRE DE L'ACADÉMIE FRANÇAISE 571 (6th ed. 1835).

59. MOSCATI, *supra* note 57 (citing Testi, Giudizio di Cassazione. Memorie di parte, doc. 2, at 231: “non vedeva e non vede in questa materia altro diritto, se non quello che attribuisce agli autori, come nato dalla cosa stessa, scambiando per diritto un titolo di somma equità il quale, per diventare diritto positivo, ha bisogno d'una prescrizione legislativa, che, del resto, in via d'equità, gli è dovuta.”).

according to a rationale in which one wants to establish a literary property in the public.”⁶⁰

In fact, according to Manzoni the goal of the legislator in establishing a public domain must consist in limiting the author's property.

The term 'public domain' had only recently come into use in the language and the reflections on author's rights. In continental European legislation, the term can be traced in France to Philippe-Paul de Ségur's report of the 1837 Commission on a draft law regarding literary property. This report expressed that the property of authors is the same as any other kind of property with the only difference that after the death of the author it falls into public domain⁶¹. This principle was recalled in the preparatory work of the 1839 draft and in the subsequent amendments made by the Council of State to another draft of 1861⁶². It would soon be transposed in Great Britain and in the United States⁶³.

60. *Id.* at 237 (“l'idea antecedente dell'essere le opere state originariamente proprietà degli autori, è necessaria per formare il concetto del loro esser passate nel dominio pubblico [...] in un ragionamento dove si voglia stabilire una proprietà letteraria del pubblico.”).

61. See F. WORMS, II *ÉTUDE SUR LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE* 37 (Paris: 1878).

62. *Id.* at 66-67; 280.

63. On the public domain in the Anglo-American world, see Jessica Litman, *The Public Domain* (1990), 39 EMORY L.J. 95 (1990), now in *INTELLECTUAL PROPERTY AND THE PUBLIC DOMAIN* (Robert P. Merges & A.L. Landers eds., 2017), to which we refer also for other specific contributions. The idea of the public domain, in the relationship between European and American systems, is notably underlined in legal scholarship: see the work of J.C. Ginsburg, *Une Chose Publique?: The Author's Domain and the Public Domain in Early British, French and US Copyright Law*, 65 *Cambridge Law Journal* 636 (2006) (later translated and re-elaborated), in *LA CONSTRUCTION DU DROIT D'AUTEUR ENTRE AUTARCIE ET DIALOGUE* 101-152 (Laurent Pfister & Yves Mausen eds., 2013)).

The Italian situation on this subject – which has been unfairly neglected by the studies on this topic⁶⁴ – is initially characterized by elements of marked distinctiveness: the political-legal fragmentation of the Peninsula did not allow for adequate enforcement against offenders, undermining, at the very least, the provisions' effectiveness. In fact, the sovereign States that made up the Peninsula provided for different durations of protection.⁶⁵ With the Unification of Italy in 1861, nothing more stood between authors and the recognition of adequate protection for them. The law of 1865⁶⁶ swept away the previous arrangement that characterized the Peninsula, and established a unique term of authors' rights, with particular characteristics, valid for the entire Italian national territory.

First of all, the law establishes that the author's rights in his work must extend to the entire period of his life, according to the position consolidated in Europe during the 19th century. Among these, the rights to reproduction and selling start from the first publication of the work and consist of two distinct periods of forty years each⁶⁷. In the case of the author's death before the termination of the first period of forty years, his heirs continue to exercise the same rights until the above-mentioned term. In the course of the second period, there is no need for specific permission to use the work, but the author's rights holder will receive a percentage of 5% of the gross price of each copy⁶⁸. Thus, the innovative institution of 'fair compensation', which

64. *See supra* note 1.

65. *See* É. BLANC & A. BEAUME, CODE GÉNÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE (Paris: 1854); J. PATAILLE & A. HUGUET, CODE INTERNATIONAL DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, ARTISTIQUE ET LITTÉRAIRE (Paris: 1855).

66. Legge del 25 giugno 1865 n. 2337 sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno, in 162 GAZZETTA UFFICIALE DELLE LEGGI E DECRETI DEL REGNO D'ITALIA (1865).

67. *Id.*, art. 8, para. 1.

68. *Id.*, art. 9, para. 2.

converts a right in rem into a right of remuneration, is introduced through the protection technique later known as ‘paying public domain’ (or “domaine public payant”), typical of Italian law, although it will be analyzed in legal scholarship and discussed in the French drafts mentioned above⁶⁹.

The second of the trends that characterize the history of the duration of authors’ rights is one that shows a time extension of protection pure and simple, especially with reference to the rights of heirs. Indeed, the extension of the author’s rights to his work for a period equivalent to the duration of his life is recognized early on. For post-mortem rights, on the other hand, there is a shift from the initial ten-year term of the French law of 1793 to increasingly extended periods of protection. Crucial stages along this path are undoubtedly the laws enacted on the French basis and adopted by the various European States in the 19th century, which provide fertile ground for harmonization. After the Austro-Sardinian Convention, several other bilateral or multilateral treaties among European countries, and particularly France, introduce a thirty-year post-mortem duration, favoring the process of harmonization on an international level in the middle of the same century.

IV. UNIFORMITY OF DURATION AND INTERNATIONALIZATION OF AUTHOR’S RIGHTS

Thus, Europe opens an irreversible process of internationalization of authors’ rights protection, at the moment of the important international

69. See CH. LYON-CAEN & P. DELALAIN, *I LOIS FRANÇAISES ET ÉTRANGÈRES SUR LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE...*, XXXIV-XXXV (Paris: 1889).

conventions, with a uniform temporal extension of the duration of the protection of authors' rights. This has been established since the 1908 Berlin revision of the Berne Convention of 1886⁷⁰, to which some countries, and in particular the United States, did not adhere. The Berne Convention is the oldest and most authoritative international treaty on authors' rights still in force⁷¹, with its revisions⁷². However, it is worth noting that the original 1886 text did not deal with their duration. The issue would be addressed by the Berlin revision of 1908, that set the duration of author's rights at a term equivalent to the author's entire life and fifty years after his death. This is a crucial juncture, as this term of protection would not be revised upward until the end of the 20th century, and then generally as a matter of national or regional EU law rather than of multilateral international instruments.⁷³

The Berlin Act has been of fundamental importance in the history of duration. It is noteworthy that it establishes the term of 50 years *pma* as a

70. See Revised Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, signed at Berlin, November 13, 1908, art. 7.

71. Convention de Berne concernant la création d'une union internationale pour la protection des œuvres littéraire et artistiques du 9 septembre 1886, reproduced in 20 RECUEIL DES TRAITÉS DE LA FRANCE 398-420 (Paris: 1889).

72. Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979.

73. An exception is art. 9 of the 1996 WIPO Copyright Treaty, which extended the term of protection of photographs from the minimum term of 25 years from creation provided in art. 7(4) of the Berne Convention, to the general term of 50 years *pma*. Subsequent bilateral agreements, however, have extended the term from 50 *pma* to 70 *pma*, see, e.g., US-Australia Free Trade Agreement (2005), art. 17.4(4)(a), <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text>

minimum term of protection,⁷⁴ leaving to the member States the option of extending but not reducing it.

The story of the 50-year term is complex and fascinating. It is also the product of a lengthy development that began precisely in 1866, before the Berne Convention was signed, when France adopted an act that extended the duration of authors' rights to their entire lifetime. At the end of this term there are another 50 years after the death of the author, benefiting the heirs.⁷⁵ This act was preceded by the above-mentioned drafts realized by specific commissions with the intent of instituting a new and complete law different from that of 1810 then in force. All these drafts countered the demands for perpetual protection by increasing the term of duration of post-mortem rights.⁷⁶

In the 20th century the duration of authors' rights takes on new characteristics as compared to the past, reflecting the strength of a field established on a shared minimum standard of protection, guaranteed by the important international conventions. At the beginning of the century, the aspect of duration in Italy was still formally regulated by the Law of 1865 and the consolidated text of 1882. However, the incessant evolution of the institution of the protection of authors, their demands, and above all the Berlin Act of the Berne Convention, urged the Italian legislature to review the

74. With the exceptions of photographs (*see id.*) and cinematographic works (50 years from making available to the public), art. 7(2).

75. *Loi sur les droits des héritiers et des ayant cause des auteurs*, in J.-B. DUVERGIER, 68 COLLECTION COMPLÈTE DES LOIS, art. 1, 270-308 (Paris: 2d. ed. 1834).

76. I am referring to the *Commission de la propriété littéraire* draft of 1825, in which the duration of post-mortem rights was extended to fifty years, to the one of the 1840s promoted by Lamartine with the intention of increasing the duration to thirty years, and to the Commission of 1863, which still sought to acquire the perpetuity of post-mortem rights.

field to avoid retaining an anachronistic protection of authors' rights. Starting from 1906, and thus before the Berlin Act, three authors' rights law bills were published in which the duration of *pma* rights was unanimously established in fifty years⁷⁷. From these premises, the legislature approved a new law that was promulgated in the mid-1920s⁷⁸.

Italy is among the first countries in Europe to align its law with the provisions of the 1908 Berlin revision, to extend the guaranteed legal duration to fifty years after the death of the author.⁷⁹

The 1925 text provides for a different term *a quo* according to the nature of the work, which coincides with the publication for all works and with the first performance or representation for shows, musical works, and all other works destined to be performed in front of a public audience⁸⁰.

The Act also affords a mature definition of moral rights. The duration set at fifty years *pma* applied only to the rights of economic exploitation, as moral rights do not have any expiration date⁸¹. Soon after in the 1928 Rome revision

77. For the bills see L. Moscati, *Sulla parodia e la causa D'Annunzio-Scarpetta*, in LIBER AMICORUM MARCO D'ALBERTI 870-881 (2022).

78. Regio decreto legge 7 novembre 1925 n. 1950 (Disposizioni sul diritto di autore), in GU 20 NOVEMBRE 1925, n. 270.

79. *Id.*, art. 26.

80. *Id.*, art. 28-30.

81. *Id.*, art. 16: "Indipendentemente dai diritti patrimoniali riconosciuti dagli articoli precedenti, l'autore ha, in ogni tempo, azione per impedire che la paternità della sua opera sia disconosciuta, o che l'opera sia modificata, alterata o deturpata in modo da recare grave ed ingiusto pregiudizio ai suoi interessi morali".

Translation: "Independently of the economic rights recognized in the preceding articles, the author has, at all times, a right of action to prevent the non recognition of his right of paternity in the work, or the modification, alteration or deleterious changes to the work in such a way as to bring great and unjust prejudice to his moral interests."

of the Berne Convention, article 6 bis recognized the principle of protection of attribution and integrity and entrusted national legislations with the task of deciding how such rights should be implemented. But moral rights after the death of the author failed to be protected at an international level compared with national legislation, although they are mentioned in the first resolution advanced by the Italian delegation and adopted at the end of the 1928 Rome Conference⁸².

In perspective, furthermore, the importance of the 1925 Law in relation to the regulation of duration should be highlighted, because the law states a term for economic rights that will be followed by the successive law of 1941, still in force, albeit modified in this respect in fairly recent times⁸³. For moral rights, perpetuity remains unchanged⁸⁴.

It was indeed the different term of duration that created a problem of uniformity and circulation of works between civil law and common law countries. At the same time, the need arose to extend the principles contained in the Berne Convention to those countries which had not adhered, most notably the United States. Their accession would have represented a radical change in the national system of authors' rights protection. Just considering

82. Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Rome le 2 juin 1928, Rome 1928, art. 6 bis. See L. Moscati, *I diritti morali e la Conferenza di Roma del 1928 per la revisione della Convenzione di Berna*, in 44 QUADERNI FIORENTINI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO 465-484 (2015).

The 1948 Brussels Revision provided that the duration of protection of moral rights "shall, after [the author's] death, be maintained, at least until the expiry of the copyright, and shall be exercisable by the persons or institutions authorized by [national] legislation."

83. Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, art. 25.

84. *Id.*, art. 20.

that both the 1831 and 1909 American and the 1875 Canadian laws established a fixed but renewable term of protection, unlike the Berne Convention, which stated a single term based on the life of the author and a defined limit for the heirs.

The Universal Copyright Convention, signed in Geneva in 1952⁸⁵, was very likely conceived to extend to countries considered important in the circulation of intellectual works provisions on duration governed by the Berlin Act. Today, this Convention plays a residual role, given that the United States also acceded to the Berne Convention towards the end of the last century with the Berne Convention Implementation Act of 1988⁸⁶.

In the preamble to the Geneva Convention, the intent to safeguard authors' rights and to ensure an adequate protection regime for all countries – including those that had not joined the Berne Convention yet – is clear.

The duration of authors' rights is regulated by the law of the contracting State where the protection was requested, and not by the State in which the work was first published⁸⁷. The Geneva Convention fixes the duration of protection to a minimum extent corresponding to the life of the author and 25 years after

85. Preamble, Universal Copyright Convention signed in Geneva, September 6, 1952.

86. Berne Convention Implementation Act of 1988, 17 U.S.C. 101. See L. Moscati, *Some considerations on moral rights in the USA and in the EU today*, in 42 DPCE ONLINE 189-198 (2020).

87. Universal Copyright Convention, *supra* note 85, art. IV, para. 1: "The duration of protection of a work shall be governed, in accordance with the provisions of Article II and this article, by the law of the Contracting State in which protection is claimed".

his death⁸⁸. This is a much shorter term than that established in Berlin, which includes, as already said, the author's entire life and 50 years after his death.

The Geneva Convention also addresses member States that do not calculate the duration of authors' rights by taking their life as a reference point, but starting from the first publication of the work⁸⁹. The Convention provides that the term of protection cannot be less than 25 years from the first publication or registration of the work. There are specific regulations in the event that a State's legislation on duration, as in the USA, provides for two successive terms of protection. In that case, the first of these may not be less than the minimum term established.

In addition, the rule of the shorter term is introduced, already established by the Berne Convention. The rule is formulated differently in the texts of the two treaties. In the 1952 Convention a reference to the category of intellectual works is included⁹⁰, while in that of Berne the works are considered regardless of category⁹¹. Under this rule, which responds to a need for reciprocity, the duration of protection is limited to the period specified by the law of the country of origin of the work. It does not extend to that of the country where protection is sought if that term is longer than the term in the country of origin.

88. *Id.*, art. IV, para. 2: "The term of protection for works protected under this Conventions shall not be less than the life of the author and twenty-five years after his death".

89. *Id.*, art. IV, para. 2.1.

90. *Id.*, art. IV, para. 4.

91. Berne Convention, at art. 7.

The Geneva Convention originated as a compromise between two motions from opposite directions. On the one hand, there was the determination of the Berne Convention member States towards extending international authors' rights protection to the States that had not joined it, but without jeopardizing the high standard of protection required by the Berne Convention.⁹² On the other hand, the non Berne States were willing to belong to a system of international protection that had already shown some areas for improvement without undermining the defined and perceived immutable system on which their own domestic law had been based up to that time. From this point of view, the 1952 Convention achieved a historic goal of compromise that remains outstanding. One should interpret from that perspective the reduced duration of post-mortem rights relative to that of the 1908 Berlin and 1948 Brussels revisions.

V. THE U.S. FINALLY ADOPTS A UNITARY COPYRIGHT TERM BASED ON THE LIFE OF THE AUTHOR

In part to facilitate subsequent adherence to the Berne Convention, the U.S. omnibus copyright revision that produced the 1976 Copyright Act (still in force, albeit frequently amended), abandoned the dual 28-year terms in favor of a unitary term of the life of the author plus 50 years.⁹³ As a 1957

92. Hence the so-called "Berne savings clause" set out in art. XVII of the Universal Copyright Convention and its accompanying Declaration, under which "Works which, according to the Berne Convention, have as their country of origin a country which has withdrawn from the International Union created by the said Convention, after 1 January 1951, shall not be protected by the Universal Copyright Convention in the countries of the Berne Union."

93. Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541 (codified as amended in scattered sections of the U.S. Code). For anonymous works, pseudonymous works, and works made for hire, the term was 75 years from publication, *see* § 302(c). The term was extended by 20 years in the 1998 Sonny Bono Copyright Term Extension Act, Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (amending chapter 3 of title 17 of the U.S. Code).

Study on Duration, conducted at the behest of the Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights of the Senate Judiciary committee, acknowledged:

No country in the world has adopted provisions on duration precisely like those found in the United States law, and, with the exception of the Philippine Islands, none has adopted anything similar...

In almost all countries of the world which accord copyright protection the term endures, in the case of works authored by natural persons who are identified, for the life of the author plus a stated number of years after his death.⁹⁴

Moreover, the authors' rights justification that animated the retention of the two-term structure in the 1909 Act had lost much of its power following a 1943 decision of the Supreme Court holding, in the name of freedom of contract, that the author's assignment of the renewal term bound the author to convey the second 28-year term, with no additional compensation to the author.⁹⁵ The Supreme Court's holding effectively eviscerated the reversion right, because assignment of the renewal term became systematic.

94. James J. Guinan, Jr., *Study No. 30. Duration of Copyright* (1957), at 59, in *COPYRIGHT LAW REVISION: STUDIES PREPARED FOR THE SUBCOMM. ON PATENTS, TRADEMARKS, & COPYRIGHTS, S. JUDICIARY COMM., 86TH CONG., STUDIES 29-31* (Comm. Print 1961), available at <https://www.copyright.gov/history/studies/study30.pdf>

95. *Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons*, 318 U.S. 643, 656 (1943). The Court rebuffed contentions that the renewal term was intended to protect authors, as weaker parties, from inequitable transfers:

We are asked to recognize that authors are congenitally irresponsible, that frequently they are so sorely pressed for funds that they are willing to sell their work for a mere pittance, and therefore assignments made by them should not be upheld... We cannot draw a principle of law from the familiar stories of garret-poverty of some men of literary genius... We do not have such assured knowledge about authorship... or the psychology of gifted writers and composers, as to justify us as judges in importing into

In the legislative history of the 1976 Act, it is clear that authors and their grantees considered duration to be the primary issue for reform. As the House Committee overseeing the 1976 revision asserted:

With certain exceptions, there appears to be strong support for the principle, as embodied in the bill, of a copyright term consisting of the life of the author and 50 years after his death. In particular, the authors and their representatives stressed that the adoption of a life-plus-50 term was by far their most important legislative goal in copyright law revision. The Register of Copyrights now regards a life-plus-50 term as the foundation of the entire bill.⁹⁶

Moreover, the renewal term system that seemed central to the 1909 Act had by 1976 come to be seen as imposing an unjustified burden on authors. The same House Committee Report unequivocally stated:

One of the worst features of the present copyright law is the provision for renewal of copyright. A substantial burden and expense, this unclear and highly technical requirement results in incalculable amounts of unproductive work. In a number of cases it is the cause of inadvertent and unjust loss of copyright. Under a life-plus-50 system the renewal device would be inappropriate and unnecessary.⁹⁷

Congressional legislation a denial to authors of the freedom to dispose of their property possessed by others. While authors may have habits making for intermittent want, they may have no less a spirit of independence which would resent treatment of them as wards under guardianship of the law.

96. H.R. REP. NO. 94-1476, 94th Cong. 2d Sess. at 133 (1976).

97. *Id.* at 134.

Considerations of international protection also strongly informed the move to a single life-plus-50 term:

The need to conform the duration of U.S. copyright to that prevalent throughout the rest of the world is increasingly pressing in order to provide certainty and simplicity in international business dealings. Even more important, a change in the basis of our copyright term would place the United States in the forefront of the international copyright community. Without this change, the possibility of future United States adherence to the Berne Copyright Union would evaporate, but with it would come a great and immediate improvement in our copyright relations.⁹⁸

Echoing the 1957 study, the House Report concluded:

No country in the world has provisions on the duration of copyright like ours. Virtually every other copyright law in the world bases the term of protection for works by natural persons on the life of the author and a substantial majority of these accord protection for 50 years after the author's death. This term is required for adherence to the Berne Convention.⁹⁹

While moving to the international standard of duration (50 years pma) set out in the Berne Convention, Congress recognized that abandonment of the renewal term could disadvantage authors. It therefore reached a compromise, eliminating the reversionary provisions of the section on copyright renewal

98. *Id.* at 135.

99. *Id.* at 135-36.

then in force, but substituting an inalienable right to terminate a grant of rights 35 years after its execution, “a provision [designed to] safeguard [] authors against unremunerative transfers. A provision of this sort is needed because of the unequal bargaining position of authors, resulting in part from the impossibility of determining a work’s value until it has been exploited.”¹⁰⁰

We can see that, unlike in most other countries, the story of copyright duration in the U.S. from the first copyright act in 1790 through to the 1976 revision has been deeply linked to the protection of authors’ personal pecuniary interests in their works. While longer terms benefit copyright owners, which in many cases means the exploiters to whom authors ceded their rights rather than the authors themselves, US legislation pertaining to duration consistently endeavored to ensure either a reversion of rights to the granting authors, or, in the current Act, an inalienable right of authors to terminate their transfers of rights.

VI. DURATION AND NEIGHBORING RIGHTS

There is another aspect of duration, which is the relationship between author’s rights and neighboring rights. Neighboring rights – that is, the rights of performers, phonogram producers, and broadcasters – even though they do not constitute a homogeneous category, have since the end of the 19th century had a place within the sphere of authors’ rights, given that they participate in making the work of authorship available to the public.

100. *Id.* at 124.

The European and the American positions are deeply different. In France, legal commentary and case law consider the *droits voisins* as a secondary form of authors' rights, almost as *droits auxiliaires*¹⁰¹, and as a result they adopt a rigorous position imposing a shorter duration of protection¹⁰². In the Law of 1941, the Italian legislature, following the French model, provided a diminished protection of neighboring rights, because their characteristics are not considered as assimilable to the authorial protection, as it is currently highlighted even on the basis of an established case law¹⁰³.

Neighboring rights began to be taken into consideration with the innovations that emerged in the 20th century from technological progress leading to new types of instruments for recording. Nonetheless, in the effort to reconcile the interests of the authors with those of the producers of such instruments and the public, national laws reserved the exclusive right to the first production of a recording of his work to the author. Thus, the ability to manufacture and sell mechanical musical recordings was made subject to the laws of authors' rights, which required that the author give consent to the initial recording or that the musical compositions be already in the public domain.

101. This term is still used in a recent decision by the Conseil constitutionnel [CC] [Constitutional Council] decision no. 2017-649 QPC, August 4, 2017, in which the compulsory license is extended to internet radio services.

102. Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, art. 22. *See e.g.*, M. VIVANT & J.-M. BRUGUIERE, *DROIT D'AUTEUR ET DROIT VOISINS* (4th ed. 2019).

103. Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, cit., art. 75. *See* S. ERCOLANI, *DIRITTO D'AUTORE E DIRITTI CONNESSI. LA LEGGE N. 633/1941 DOPO L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 2001/29/CE* (Torino 2004). For case law contribution, *see* S. DELL'ARTE, *FONDAMENTI DI DIRITTO D'AUTORE NELL'ERA DIGITALE* 193 (Vicalvi 2017).

The prospect of exploitation of recorded music, initially underestimated by authors and publishers, changed radically with technological progress, occupying more and more market space. In addition to public performances in theaters, there arose for the first time the possibility for a private individual to enjoy a musical work in his own home, without the presence of a professional performer, but through the instruments and mechanical media which are perfectly capable of faithfully reproducing the performances of the great masters and orchestras.

As a consequence, the application of authors' rights presented notable problems especially in the field of musical works, with respect to the new means of reproduction and dissemination to the extended public. Neighboring rights evolved in the direction of privileged rights upon compensation. Personal rights, which were up to that point linked to the economic ones, remained more exposed and needed to be specified and independently protected when the new means of reproduction could be detrimental to the author¹⁰⁴.

The duration of neighboring rights is less studied than that of authors' rights. Its regulation begins later, starting from the international treaties that define them, and protect and specify a duration which was originally inferior to that of the authors.

We refer, at the international level, to the *voeux* of the Rome and Brussels revisions of the Berne Convention of 1928 and 1948, to the resolutions of Stresa

104. E. PIOLA CASELLI, TRATTATO DEL DIRITTO DI AUTORE E DEL CONTRATTO DI EDIZIONE NEL DIRITTO INTERNO ITALIANO COMPARATO COL DIRITTO STRANIERO 165 (Napoli: 2d ed. 1927).

and the *avant-projet* of Rome of 1951 to arrive at the specific Convention of Rome in 1961¹⁰⁵. In this Convention the neighboring rights are configured considering mainly the subjects involved that regard the so called 'classical triad' (performers, phonogram producers and broadcasting organizations). With respect to duration, art. 14 of the Rome Convention establishes a term of twenty years from fixation of the performance (or from the occurrence of the performance if it is unfixed) or transmission of the broadcast¹⁰⁶. Art. 14(5) of the TRIPS agreement of 1995 increases the terms for performers and phonogram producers to 50 years from fixation or performance, as does art. 17 of the 1996 WIPO Performers and Phonograms Treaty, while the term stays unaltered for broadcasting organizations.

Since then a series of European Directives between 1993 and 2011 regarding temporal terms for authors' rights and neighboring rights have been promulgated with the intent of harmonization within the EU and on the other side of the Atlantic. The 1990s are particularly significant. In Europe, a further extension of the term, provided in Directive 93/98/CEE¹⁰⁷, takes protection of authors' rights to 70 years, while neighboring rights remained at 50 years. The term of rights in performances fixed in phonograms was subsequently extended to 70 years from the first licit publication of the

105. Rome Convention for the protection of performers, phonogram producers and broadcasters, October 26 1961.

106. *Id.*, art. 14: "The term of protection to be granted under this Convention shall at least until the end of a period of twenty years computed from the end of the year in which: (a) the fixation was made for phonograms and for performers incorporated therein; (b) the performers took place for performances not incorporated in phonograms; (c) the broadcast took place for broadcasts."

107. Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights, art. 1-3 [1993] OJ 1993 L 290 (repealed and replaced by Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights, art. 1-3).

phonogram of the performance of the work, or its first communication to the public by Directive 2011/77/EU¹⁰⁸.

The U.S. lacks a fully-fledged regime of neighboring rights, and it has not joined the Rome Convention, though it did adhere to the WIPO Performers and Phonograms Treaty (WPPT) of 1996. The 1976 Copyright Act includes sound recordings (phonograms) within the categories of copyrightable subject matter, and as such, they enjoy the same term of copyright as other works, now 70 years from the death of the last surviving co-author, or, for works made for hire, 95 years from publication.¹⁰⁹ As a result, while the term of neighboring rights is harmonized among members of the Rome Convention, and, within the EU, for rights in phonograms, an additional 20 years, the U.S. protects sound recordings for an even longer term.

108. Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights, art. 1, para. 2(a) [2011] OJ 2011 L 265.

109. 17 USC § 302. The “Classics Act” provisions of the Music Modernization Act of 2018, 17 U.S.C. § 1401, introduced the following terms of protection for sound recordings fixed before February 15, 1972 (when Congress integrated sound recordings into the subject matter of federal copyright):

1. For **pre-1923** recordings, the transition period is 3 years, for a total term of protection of 98 years from the date of first publication, with all works in this category losing protection by December 31, 2021.
2. For **1923–46** recordings, the transition period is 5 years, for a total term of protection of 100 years from the date of first publication, with works in this category losing protection between 2023 and 2046.
3. For **1947–56** recordings, the transition period is 15 years, for a total term of protection of 110 years from the date of first publication, with works in this category losing protection between 2057 and 2066.
4. For **post-1956** recordings fixed before February 15, 1972, the total term of protection ends on February 15, 2067

CONCLUSION

The most recent Copyright Directive, from 2019, concerns authors in the digital single market but does not deal with duration¹¹⁰. Nonetheless, in civil law countries, on the basis of the same considerations of the 2006 Directive¹¹¹, additional requests may arise for new extensions of the duration of authors' rights and neighboring rights, while taking into account the impact on the authors' position.¹¹² In the United States in light of the tremendous controversy surrounding the 1998 extension of term from 50 *pma* to 70 *pma* (to bring US law in line with the EU's 1993 term extension),¹¹³ it seems very unlikely, as a matter of politics and public relations, that the copyright term will see further extensions.

110. Directive 2019/790/EU of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC PE/51/2019/REV/1 [2019] OJ 2019 L 130.

111. Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version), [2006] OJ 2006 L 372: "(6). The minimum term of protection laid down by the Berne Convention, namely the life of the author and 50 years after his death, was intended to provide protection for the author and the first two generations of his descendants. The average lifespan in the Community has grown longer, to the point where this term is no longer sufficient to cover two generations."

112. J. Parc & P. Messerlin, *The true impact of shorter and longer copyright durations: from authors' earnings to cultural creativity and diversity*, 27 INT'L. J. OF CULTURAL POL'Y 607-620 (2021).

113. See, e.g., Timothy B. Lee, *Free Mickey – Why Mickey Mouse's 1998 copyright extension probably won't happen again*, ARS TECHNICA (January 1, 2018, 8:00 AM), <https://arstechnica.com/tech-policy/2018/01/hollywood-says-its-not-planning-another-copyright-extension-push/> (pointing out that "The politics of copyright have changed dramatically," and that "The public would fight back" if Congress again attempted to lengthen the copyright term.)

**ACKNOWLEDGEMENT OF THE SYSTEM OF RIGHT OF WORKS:
A SYSTEM SITUATED BETWEEN COPYRIGHT
AND *AUTHORS' RIGHTS****

DAI ZHE

Lecturer

Jinan University Law School (Guangdong, China)



INTRODUCTION

In the field of copyright, academics and legislators generally recognise two distinct systems: authors' rights (*droit d'auteur*) system, which originated in France and was subsequently adopted by civil law countries, and the copyright system, which originated in the United Kingdom and was later adopted by common law countries. There still seems to be an antagonistic relationship between authors' rights and copyright countries. Each side wants to preserve the traditions of its own system and not be influenced by the other. For

* This paper is one of the results of the research project entitled "the construction of the resale right system in the Chinese copyright law", funded by the Chinese national social science fund, project number: 20CFX054.

instance, upon the United States' adherence to the Berne Convention in 1989, the head of the US Copyright Office asserted the importance of maintaining the heritage of US copyright law¹. However, French scholars expressed concerns over authors' rights losing its autonomy due to copyright's influence². German representatives also criticised the European Commission for its tendency to adopt the idea of copyright when harmonising European copyright law³.

Recently certain researchers have aimed to encourage convergence between copyright and authors' rights. Professor Alain Strowel stated that the dichotomy between the two systems does not exist in authors' rights countries⁴. Additionally, Professor Jane Ginsburg traced the origins of French authors' rights and American copyright and concluded that the two "have much in common not only in theory but also in practice"⁵.

Although the above views are contradictory, they are all reasonable. There are both similarities and differences between copyright and authors' rights. This is also why the two systems are independent of each other but linked at the same time. From the birth of these two systems

1. See Alain Strowel, "Droit d'auteur et copyright. Convergences des droits, régulation différente des contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 701.

2. See André Kéréver, « Révolution française et droit d'auteur », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 1989, vol. 141, p.4-5.

3. *Ibid.*

4. In his Dissertation defended in 1992, Professor Alain Strowel already thought that the two systems did not differ essentially, see Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences, étude de droit comparé*, Bruylant, 1993, p. 655-657. Since then, he has repeatedly stressed the very same point, see Alain Strowel, "Droit d'auteur et copyright. Convergences des droits, régulation différente des contrats », in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 701.

5. Jane C. Ginsburg, "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America", *Tulane Law Review*, n° 64, 1990, p. 1023.

to the present day, many countries around the world have followed one or the other. It is often assumed that all countries can be placed in both systems.

However, in addition to the two existing systems, there is a third specific system called the system of right of works. This system has its origins in Japan and has been adopted successively by South Korea, North Korea, Mainland China and Taiwan. So far, according to our research, only these five regions have adopted this system. Moreover, due to the remarkably high degree of conformity among the five systems, the implementation of the system of right of works can be acknowledged. In this paper, we provide a concise overview of the right of works, highlighting the distinctiveness of its rules (I). Then, we would like to explain the origin and the development process of the right of works (II). Lastly, we assess the issues within the current system of right of works from a Chinese law perspective. Some suggestions will be made on how to improve the right of works (III).

I. THE DISTINCTIVE RULES OF THE SYSTEM OF RIGHT OF WORKS

The particularity of the right of works lies in its comparison with authors' rights and copyright. We will first compare the differences and similarities between authors' rights and right of works (A), then compare copyright and right of works (B). These comparisons will enable us to better understand the features of the system of right of works.

A. Differences and Similarities Between the Right of Works and Authors' Rights

The system of right of works shares several provisions with the authors' rights system, mainly concerning moral rights, originality, and types of work. However, there are also many provisions in the system of right of works that differ from the authors' rights system.

1. The Similarity of Moral Rights

Countries vary in their approach to moral rights. While authors' rights countries, under the influence of the theory of personality, recognized moral rights early on, copyright countries refused to introduce such rights for many years. For instance, moral rights were included in the Berne Convention at the Rome Conference in 1928, but the United Kingdom, a founding member of the Convention, did not introduce moral rights into its legislation until 1988. The establishment of moral rights under copyright in the United States occurred in 1990, following their participation in the Berne Convention in 1989. However, it should be noted that moral rights protections in the two systems have not been fully unified. Compared with authors' rights countries, the US offers moral rights protection only for works of visual art, while the UK excludes moral rights for certain works, such as computer programs, font designs and computer-generated works⁶.

The legislators of right of works have adopted a similar model to authors' rights by establishing a comprehensive system of moral rights, without

6. See *Copyright, Designs and Patents Act*, 1988, Articles 79 and 81.

limiting this right to specific types of work. For example, Articles 18 to 20 of the Japanese Law on the Right of Works provide for the right of disclosure, the right of authorship and the right to respect for the integrity of the work. Chinese law has also added the right of modification. However, the right of works countries have not established the right of withdrawal and repentance which are provided for by some authors' rights countries.

2. Similarities in Types of Work

For some time now, there have been two conflicting approaches to defining the scope of works. Authors' rights legislators have established related rights by incorporating performers' rights, phonogram producers' rights, videogram producers' rights and broadcasters' rights into related rights. However, copyright countries have not established such rights, but include the objects of these rights within the scope of works. Consequently, the concept of copyrighted works is broader than that of authors' rights.

Let's shift our focus back to the right of works. With the exception of Taiwan, the provisions of the right of works align with those of the countries that uphold authors' rights. The legislators within right of works have defined related rights and have excluded objects protected by related rights from the scope of works. However, the legal provisions in Taiwan are highly specific. Due to U.S. intervention, Taiwan entered into an agreement with the U.S. called the "U.S.-Taiwan Copyright Agreement" in 1993. According to the agreement, works include items that should be classified as related rights. This means that Taiwanese law adopts the concept of copyright countries. However,

Taiwanese scholars have strongly objected to this provision and have generally called for the establishment of a separate related right. Taiwan's Intellectual Property Office supports this view as well and suggests the establishment of related rights, as this provision leads to a lot of incompatibilities. Nevertheless, due to the agreement with the United States, Taiwan has not made any changes yet.

3. Similarity Over Originality

It has long been recognized that there are two different standards for identifying originality. One criterion, derived from authors' rights countries, is influenced by the theory of personality. Originality is identified as a reflection of the author's personality. French tribunals have traditionally used factors such as the individual character, choice and preferences of the author as a reference for determining the existence of such an imprint of personality⁷. In Germany, originality is broken down into two elements: autonomy (*Eigenstaendigkeit*) and creativity (*Kreativitaet*).

Another criterion adopted by copyright countries is influenced by Locke's Labor theory of property. As long as the author completes a result with his own work, even if the result is not creative or new, it can be protected by copyright. In the 20th century, copyright countries developed two conditions for determining originality: first, the production of the work must not be a copy; second, the author must devote a certain amount of intellectual work

7. See Michel Vivant, Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2019, p. 306-308.

to it. Regarding the second element, the UK gradually adopted skill, labor, and judgment as a standard of judgment in case law⁸, and American courts adopted similar standards⁹. Based on these two elements, the “sweat of the brow” principle was gradually developed into the “copyright” system.

Scholars generally believe that the standard of originality in authors' rights is more demanding than that of copyright. According to Professor André Lucas, “the approach to originality in copyright, in line with the utilitarian philosophy of these systems, is neither more nor less demanding than that traditionally applied in France”¹⁰. Generally speaking, the difference between the two systems in terms of originality is mainly reflected in the requirement of creativity. Copyright countries do not have any specific requirements in this regard.

Since the second half of the twentieth century, however, this difference in originality has been gradually diminishing. On the one hand, in the countries of authors' rights, the traditionally high standard of originality is difficult to apply to new types of works, such as menus, catalogs, telephone directories, etc. Germany therefore introduced a new “small change” standard, according to which originality requirements are very low, comparable to “the thickness of a small coin”. This “small change” standard was subsequently adopted by France¹¹. On the other hand, in copyright countries, the US gave up the

8. See *Walter v. Lane* [1900] A.C. 539, 545; *Macmillan and Company Limited v K and J Cooper*: PC 14 Dec 1923.

9. See *West Publishing Co. v. Mead Data Central, Inc.*, 799 F.2d 1219, 1226 (8th Cir. 1986).

10. See André Lucas, Henri-Jacques Lucas, Agnès Lucas-Schloëtter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, p. 130.

11. See André Lucas, Henri-Jacques Lucas, Agnès Lucas-Schloëtter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, p. 130

“sweat on the brow” rule after the *Feist* case in 1991. According to the U.S. Supreme Court’s decision in that case, originality means only that “the work was independently created by the author (as opposed copying from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity”¹². The United States has now also added the requirement of creativity to the judgment of originality. In the opinion of some copyright specialists, the U.S. have achieved the same level of originality as authors’ rights countries.¹³

However, differences still exist between the two systems. Despite the introduction of the creativity requirement in *Feist* by the U.S. Supreme Court, it only demands “minimal creativity” which is only compatible with the “small change” standard. In authors’ rights countries, the “small change” standard typically applies only to a limited number of new types of works, including only catalog listings, menus, telephone directories, computer programs, etc., while authors’ rights countries always maintain a more demanding creativity requirement for traditional works. For instance, in Germany, courts require traditional works to possess a level of creativity that surpasses the “small change” standard.

As a result, there are two distinct standards for copyright originality. While authors’ rights countries have stricter requirements for traditional works, both copyright and authors’ rights jurisdictions have similar provisions

12. *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991).

13. See Alain Strowel, “Droit d’auteur et copyright. Convergences des droits, régulation différente des contrats », in *Mélanges en l’honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 706.

for a limited number of newer forms of works like catalog listings, menus, telephone directories, and computer programs.

	Authors' rights	Copyright
“small change” or “minimal creativity”	New forms of work	All works
“certain level of creativity”	Traditional works	

Let us now return to the right of works. Regarding originality, the right of works and authors' rights systems have similar standards. This leads to a dichotomy in the qualification of originality. On the one hand, for traditional works, the right of works imposes higher requirements in terms of originality. On the other hand, for new types of works, originality requirements are relatively low.

We can take Japanese law as an example. On the one hand, according to Article 2 of the Japanese Law on the Right of Works, only original expressions that reflect the author's thoughts and feelings can be protected. This standard is close to the “personal imprint of the author” requirement of authors' rights. In practice, objects that do not express the author's thoughts and emotions are excluded from original works. For example, in a case involving court observation notes, the Intellectual Property High Court of Japan ruled that there is no room for expressive choice on the part of the author for the record of a trial hearing. The result does not reflect the personality, thoughts and feelings of the plaintiff, and is therefore not original¹⁴.

14. See the Intellectual Property High Court of Japan, Judgment of July 17, 2008, no. 2011, cited in Li Mingde and Yan Wenjun, *Japanese Intellectual Property Law*, Chinese edition, 2020, p. 77.

However, Japan has adopted a less stringent standard for determining the originality of new works. For example, Article 12 of the Japanese Law on the Right of Works covers both composite works and database works. Both must satisfy the originality requirement in order to be protected. However, in practice, Japanese courts have made a distinction in the originality requirements between the two types of works. In a 2000 case involving a telephone directory, the Tokyo District Court determined that the directory was an original database work. However, the court concluded that the selection and arrangement of the directory by the plaintiff did not meet the originality standards for a composite work, thus rendering the telephone directory unprotected.¹⁵ It is evident from this case that the standards of originality for database works are less rigorous than those for conventional works.

4. The Difference in Ownership of Employee Works

Before the 20th century, all works originally belonged to the author in the sense of a physical person. This rule was recognized by every country in the world. However, in 1909, the United States took the initiative of establishing the “works made for hire” rule in its Copyright Law, according to which works made for hire belong to employers. The employer is also defined as the author of these works¹⁶. The UK has also adopted a similar rule since the 1956 Copyright Act, which recognizes that works made by the author

15. See Tokyo District Court, Judgment of March 17, 2000, no. 1714, cited *in* Li Mingde and Yan Wenjun, *Japanese Intellectual Property Law*, Chinese edition, 2020, p. 117.

16. See *Copyright Law of the United States*, §201.

in the course of employment belong to employers¹⁷. But the UK does not recognize employers as authors.

Unlike copyright countries, countries with authors' rights generally refuse the possibility of original acquisition of works by employers. In France, for example, Article 111-1 of the Intellectual Property Code expressly states: "The author of a work of the mind shall enjoy in that work, by the mere fact of its creation, an exclusive incorporeal property right which shall be enforceable against all persons. (...) The existence or conclusion of a contract for hire or of service by the author of a work of the mind shall in no way derogate from the enjoyment of the right afforded by the first paragraph above." The same is true in Germany, where German law is influenced by monism, which means that economic and moral rights are combined and cannot be transferred. As a result, all authors' rights in Germany originally belong to the author.

Let's return to the right of works area. The legislators within right of works has established the rules of the employee's work, according to which the employer can initially acquire economic rights in the employee's work. This rule is also known as the "work of service" system. However, the specific rule differs from country to country within the right of works area.

Firstly, both Japan and South Korea have adopted the US law provisions, recognizing the employer as the original owner of the works¹⁸.

17. See *Copyright Act* 1956, Article 4.

18. See Article 15 of the *Japanese Law on Right of Works* and Article 9 of the *South Korean Law on Right of Works*.

Secondly, North Korea adopted the UK model, acknowledging that employee works belong to the employer without defining them as authors¹⁹.

Thirdly, China introduces both American and British models. In China, there are two different types of employee works: one is the “work of service” (*oeuvre de service*), the purpose of which is to carry out missions assigned by the employer, and the other is the “legal person’s work” (*oeuvre de personne morale*), created in the name and at the will of the corporate body. Employees are defined as the authors of the “work of service”, while legal persons are defined as the authors of the legal person’s work.

Fourthly, the Taiwanese rule is very exceptional. According to paragraph 1 of Article 11 of the Taiwanese Law on Right of Works, the employee is qualified as the author, but it also provides that the employer can be qualified as the author through contracts. According to paragraph 2 of Article 11, when the employee is qualified as the author, it is the employer who enjoys the economic rights to the work. In other words, the economic rights to the work always belong to the employer, whether or not he is the author.

5. Ownership Differences in Audiovisual Works

Initially, ownership rules regarding audiovisual works were uniform across the world. However, in the 20th century, this rule diverged from country to country.

19. Article 16 of *North Korean Law on Right of Works* states that “[t]he copyright of a work created in the name of an institution, enterprise or organization shall be owned by the institution, enterprise or organization”.

On one hand, “copyright” legislators give producers ownership of audiovisual works in order to protect the interests of the industry. The UK Copyright Act 1956, Section 13, first established cinematographic works as being owned by producers. Furthermore, under Section 9 of the UK Copyright, Designs and Patents Act 1988, producers are classified as the authors of cinematographic works. Then, in accordance with Article 2 of the 1993 EU Copyright Term Directive, which required the chief director to be specified as the author of the cinematographic work²⁰, the UK changed the rule for cinematographic works in 1996, under which they belong jointly to the producer and the main director²¹. The United States applies the “works made for hire” rule directly to the ownership of audiovisual works, so that audiovisual works belong to the producers.

On the other hand, the authors’ rights system still insists on the traditional rule that audiovisual works belong to the author. For example, France applies the rule of collaborative works to audiovisual works. Under Articles L113-3 and L.113-7 of the French Intellectual Property Code, audiovisual works belong jointly to the author of the script, the author of the adaptation, the author of the dialogue, the author of the musical compositions with or without words specially composed for the work, and the director. In Germany, according to Section 89 of the German Law on Authors’ Rights and Related Rights, authors of audiovisual works are defined as persons who “participate

20. Article 2 of Directive 93/98/EEC of the European Parliament and of the Council of 29 October 1993 on the term of protection of copyright and certain related rights states that “The principal director of a cinematographic or audiovisual work shall be considered as its author or one of its authors. Member States shall be free to designate other co-authors.”

21. See *Copyright, Designs and Patents Act* 1988, Article 10: A film shall be treated as a work of joint authorship unless the producer and the principal director are the same person.

in the production of a film”. We can see that German law also applies the rules of collaborative works to audiovisual works. According to Section 65 of the law, these authors are defined as follows: “the principle film director, the author of the screenplay, the author of the dialogues, the composer of music specifically composed for use in the cinematographic work in question”. In this case, the audiovisual work belongs jointly to these authors. In order to protect the interests of producers, according to Section 89 of the Act, these authors are “grants the producer of the film the exclusive right to use the cinematographic work, as well as translations and other cinematographic adaptations or transformations of the cinematographic work in all manner of uses”. However, all that the producer obtains is a licensing right, and the audiovisual work remains the co-ownership of these authors.

Let’s return to the subject of right of works. In contrast to authors’ rights, the lawmakers within right of works have made special provisions for the ownership of audiovisual works by producers. In China, North Korea and Japan, producers initially acquired the economic rights to audiovisual works²². In South Korea, producers enjoy economic rights in audiovisual works through derivative acquisition. According to the Korean Law on the Right of Works, Article 100, a cinematographic work belongs to “persons who have entered into an agreement with a producer to cooperate in the production of a cinematographic work”. Article 100 of the Korean Act also states that “it shall be presumed that the rights necessary for the use of such cinematographic work are transferred to the producer”. Taiwan has specific regulations in this

22. This provision is present in Article 29 of the Japanese Law on Right of Works, Article 18 of the North Korean Law on Right of Works, and Article 17 of the Chinese Law on Right of Works.

regard. Taiwan is currently following the model of countries with authors' rights in this regard. According to the Taiwan Intellectual Property Office's explanation, the creation of audiovisual works is generally the joint creation of program producers, actors, scriptwriters, directors, etc., and is therefore a collaborative work. Therefore, audiovisual works are collaborative in nature²³.

Furthermore, in some right of works countries, moral rights for authors are not complete. For example, under Article 17 of Chinese Law on the Right of Works, authors such as screenwriters, directors, photographers, lyricists and composers enjoy only the right of attribution.

6. The Difference Between Freedom of Contract in Licensing and Assignment

In countries with authors' rights systems, it is widely believed that most authors are at a disadvantage when negotiating with publishers, film studios, or music companies, unless they are well known. Consequently, legislators have created special protections for authors who license and assign their rights. First and foremost, authors are entitled to modify their remuneration. For example, according to the first paragraph of Article L.131-5 of the French Intellectual Property Code in cases where the work has been assigned on the basis of a lump-sum remuneration, the author who has suffered a loss of more than seven twelfths due to prejudice or insufficient provision of the proceeds from the work may bring about a revision of the price conditions of the contract.

23. <https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/dl-251291-afd216efaea54c4a9b680da461466a75.html>, accessed on October 30, 2023.

Furthermore, according to the second paragraph of Article L131-5, where the work has been assigned in return for proportional remuneration, “the author shall be entitled to additional remuneration where the proportional remuneration initially provided for in the exploitation contract proves to be excessively low in relation to the total income subsequently derived from the exploitation by the assignee”. Another example is Section 32 of the German Law on Authors’ Rights and Related Rights , which grants authors the right to demand suitable compensation. If the compensation stated in the contract is inadequate, the author may request a modification of the contract²⁴. Secondly, in some countries authors have the right to withdraw their license. For instance, according to Sections 41 and 42 of the German Law on Authors’ Rights and Related Rights , an author can request the revocation of a licensee’s right to exploitation in cases of insufficient exploitation or changes due to their subjective will.

Unlike authors’ rights, the legislators of right of works respect freedom of contract. An author is unable to modify the remuneration or withdraw a license once he has signed a license or rights assignment contract.

7. The Small Difference in Economic Rights

In terms of economic rights, there is little difference between authors’ rights and right of works systems under the influence of international

24. Section 32(1) of the German Law on Authors’ Rights and Related Rights provides that: “The author is entitled to the contractually agreed remuneration for the granting of rights of use and permission to use the work. (...) If the agreed remuneration is not equitable, the author may require the other party to consent to a modification of the agreement so that the author is granted equitable remuneration.”

conventions. The only disparity lies in the resale right (*droit de suite*) provisions between the two systems. Ever since 1920, countries practicing authors' rights have progressively introduced the resale right, allowing authors to receive remuneration as the original work is successively disposed of. Our research indicates that more than 90 countries have currently implemented this right. Even in countries that have long opposed the establishment of resale rights under copyright law, the UK introduced these rights in 2006 in accordance with the EU directive, and Australia followed suit in 2009. While legislators in the US have yet to create resale rights, the US Copyright Office expressed support for them in 2013²⁵. It is worth noting that California implemented legislation on a resale right in 1977.

In the domain of the right of works, in contrast to authors' rights countries, none of the legislators within right of works has yet introduced a resale right. China and Japan have contemplated introducing resale rights as they revised their laws on the right of works, but the efforts were ultimately unsuccessful due to strong opposition from art market practitioners.

B. Differences and Similarities Between Right of Works and Copyright

On one hand, numerous provisions in the system of right of works align with those of the copyright system. On the other hand, the right of works contains several distinct provisions from copyright.

25. U.S. Copyright Office, *Resale Royalties: An Updated Analysis*, p.1-2: <https://www.dutenews.com/p/1194777.html?isRecommendHref=1>, accessed on February 22, 2023.

1. Employee and Audiovisual Works' Similarities

On the one hand, in terms of the attribution of employee works, the legislators within right of works have introduced similar rules stemming from “copyright”. Employers can thus originally acquire rights over the works of employees.

On the other hand, with the exception of Taiwan, the provisions of right of works for audiovisual works are essentially aligned with those of copyright. The producer holds the economic rights to an audiovisual work. Taiwan currently follows the authors' rights model, but the Taiwan Intellectual Property Office has recommended to the legislature that audiovisual works be held by the producers to better enable the distribution and utilization of these works²⁶.

2. The Similarity of Freedom of Contract in Licensing and Assignment

Copyright lawmakers typically respect contractual freedom in assignment and licensing contracts without imposing too many restrictions on licensees and assignees. While protective measures for authors have been established, they offer less protection compared to authors' rights. In the United Kingdom, Section 11 of Queen Anne's Law, which was passed in 1710, specifies that upon the expiration of the 14-year period of protection for a printing right, the right is returned to the author. An author who is still alive is granted an additional 14 years of printing rights. In the United States, this provision was

26. <https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/dl-251291-afd216f80da461466a75.html>, accessed on October 30, 2023.

also adopted by legislators with the implementation of the Copyright Act of 1790. The assignee generally agrees to directly transfer their rights to the author for these two terms. Put differently, it proves difficult for the author to regain these rights once assigned²⁷. Consequently, the United Kingdom and the United States both abolished this provision in 1842 and 1976, respectively.

In 1976, the Copyright Act of the United States introduced a new right in Section 203, which enables authors to terminate assignments or licenses of their rights. The author can only exercise the termination option after 35 years since the effective date of the assignment or license. The Copyright Act of 1976 was introduced in 1978. Thus, it was not until 2013 that the right of termination came into effect for the first time. Thus, American scholars have to admit that this provision is not very effective²⁸.

Let's return to the subject of the right of works. In terms of contractual rules for the assignment or licensing of rights, the provisions of right of works are similar to those of copyright countries. The legislators of both systems respect freedom of contract. And they have not established rules that are as favorable to the protection of authors in terms of licensing and assignment as those of authors' rights.

27. See Brian D. Caplan, "Navigating US Copyright Termination Rights, *WIPO Magazine*", 2012, No.4, available at: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2012/04/article_0005.html, accessed on June 29, 2020.

28. See Jessica Littman, "What We Don't See When We See Copyright as Property", translated by Ni Zhuliang in *Revue Propriété intellectuelle*, 2019, No.9, p. 88.

3. The Difference in Moral Rights

As mentioned above, copyright countries have been very reluctant to introduce moral rights. Conversely, those with right of works legislation have established comprehensive moral rights protection for authors. Japan's 1899 Law of the Right of Works, for instance, included Article 18, which recognized an author's right of authorship and their right to respect for their work's integrity. In contrast, neither Germany nor France had enshrined this right in their legislation at the time. The Berne Convention only began providing for moral rights in 1928.

4. The Difference Between Originality and Types of Work

The standard of originality in right of works is similar to that in authors' rights countries, which is generally higher than in copyright countries. Consequently, the originality of right of works is different from that of copyright.

Additionally, copyright lawmakers do not provide protection for related rights, but instead incorporate the subject matter of related rights into the categories of works, while the lawmakers within right of works provide protection for related rights. Therefore, the types of works included in right of works are distinct from those included in copyright.

But it should be noted that there is a distinction between works protected under "copyright". For example, in the UK, works are divided by scholars into "authorship works" and "entrepreneurial works". "authorship works"

include literary, dramatic, musical or artistic works, while “entrepreneurial works” include sound recordings, films, broadcasts, and the typographical arrangement of published editions²⁹. With the exception of films, these “entrepreneurial works” correspond mainly to the objects of related rights in authors’ rights or right of works.

II. ORIGIN AND DEVELOPMENT OF THE SYSTEM OF RIGHT OF WORKS

The comparison reveals the distinctive characteristics of the system of right of works in relation to authors’ rights and copyright. While similarities and differences exist, it is not feasible to integrate right of works into either system. Consequently, it has become relatively independent. However, this has only been recognized by a small number of specialists in countries that follow authors’ rights and copyright laws. Professor Adolf Dietz argues that Chinese regulations in this field comprise both copyright and authors’ rights provisions³⁰. Further explanation of the origin and purpose of the right of works is therefore necessary. This system aims to protect creative works and encompasses a broader range of rights than authors’ rights (A). It emerged from the transplanting of rules from copyright and authors’ rights (B) and has strong ties to Japanese culture (C).

29. See Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2014, p. 32.

30. See Adolf Dietz, « Le système chinois du droit d’auteur : le modèle anglo-américain ou le modèle continental ? », *Brevet et marque de la Chine*, 2011, No.1, p.76-77.

A. A System Based on the Protection of Works

According to currently known research documents, the term “right of works” was first used in 1884³¹ by legal scholar Kurokawa Seiichiro (黒川誠一郎) in his translation of Alphonse Barthélemy Martin Boistel’s book *Droit naturel*³². However, in the Japanese-translated book, the term “right of works” sounds more like an abbreviation of “authors’ rights” in the Japanese language. He used the term “right of works” only once in the entire book. In contrast, the entire book makes extensive use of the term authors’ rights³³. Subsequently, the Japanese government commissioned Kurokawa Seiichiro to travel to Switzerland in 1886 for the purpose of attending the Berne Convention conference. Seiichiro translated the French term “droit d’auteur littéraire” into Japanese as “right of works” in his notes on the conference. Obviously, Seiichiro was not trying to create a new term and the concept of authorship that he used has no independent meaning. Kurokawa Seiichiro’s first use of the concept of right of works had no substantial impact on Japanese legislation in the late 19th century. Nor was his expression noticed in scholarly circles at the time. In fact, Japanese scholars only discovered

31. The exact date cannot be found. But by April 1884, he had registered the book’s “copyright”, meaning that he had completed the book’s translation before April 1884. See Ari Hagiwara, *The origin and development of the words “copyright” and “authors’ rights” in Japan*, p. 9. URL: <http://commentaries.asia/paper/copyrightinjapan.pdf>, accessed February 17, 2023.

32. The original title of this book is “Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit suivant les principes de Rosmini”, printed by E. Thorin, 1870. In the Japanese translation, the title is abbreviated to “natural law”.

33. See Ari Hagiwara, *The origin and development of the words “copyright” and “authors’ rights” in Japan*, p. 9. URL: <http://commentaries.asia/paper/copyrightinjapan.pdf>, accessed on February 17, 2023.

Kurokawa Seiichiro's use of the term authors' rights at the end of the 20th century³⁴.

Around the same time, the expression “right of works” surfaced in a diplomatic document dating back to May 16, 1884, between the Japanese and Swiss governments. Subsequently, the term “right of works” was reintroduced by the Japanese government in a document dated 1886. It was used in connection with the translation of the title of the Berne Convention³⁵. It should be noted that the full title of the Convention is “The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works”. The drafters of the Convention adopted neither the term “authors' rights” nor “copyright”, but concentrated on the subject matter of the right, namely works³⁶. In this Japanese document, the Convention has been translated as “the Convention for the Protection of the Rights in Literary and Artistic Works”. We can see that the concept of works' rights in this document already has a particular meaning, i.e., the right to protect works. But we don't know exactly who made this translation.

In 1899, legal scholar Mizuno Rentarō (水野鍊太郎) reused the term “right of works.” That same year, Japan joined the Bern Convention and Mizuno Rentarō traveled to Switzerland as one of the Japanese representatives to prepare for Japan's accession. However, Mizuno Rentarō erroneously

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

36. In fact, the choice of this title in the Convention is the result of a compromise. When the Convention was drafted in 1885, France supported the use of “literary and artistic property” as the title of the Convention. Germany, however, was opposed. In the German delegation's view, “literary and artistic property” was incompatible with the notion of authors' rights. Finally, the Swiss delegation proposed using the name “protection of literary and artistic works”, which was accepted by various representatives.

believed that he had created the term, when in fact the Japanese government had used it as early as 1884. We can assume that the Japanese government's earlier use of the right of works may have had a significant impact on him. In any case, Mizuno Rentarō introduced this concept directly into the Japanese Law on Right of Works of 1899, of which he was the principal drafter. The direct reason why Mizuno Rentarō used this concept is also linked to the Berne Convention. Since Japan has already translated the title of the Berne Convention into “the protection of the rights of works”, the Japanese legislator chose to use the expression right of works as the legislative name for the new law to align with the Convention's content. Nonetheless, the contribution of Japanese jurists must not be disregarded, as the drafters of the Convention only referred to the protection of works and never used the expression right of works.

As Japanese legislation came into use, “right of works” gradually spread in other parts of East Asia. South Korea, North Korea, and Taiwan, former Japanese colonies, naturally introduced a right of works. Although they cut ties with Japanese colonization after the Second World War, they did not abandon the right of works model. For example, from 1946 to 1957, South Korea continued to use the old Law on Right of Works established in the colonial era. Until a new law was promulgated in 1957, this law still followed the model of that of the right of works. In addition, after 1945, Taiwan began to use the Law on Right of Works established by the Republic of China. North Korea promulgated its Law on Right of Works in 2001. After acceding to the Berne Convention in 2003, it enacted a new law, which still follows the right of works.

On the other hand, this model has continued to be used in mainland China. The concept was first introduced by China at the end of the Qing dynasty with the promulgation of the right of works legislation in 1910. This was directly influenced by the Japanese Law of 1899 on Right of Works. The Qing government, during that time, dispatched five ministers to Western countries to study their legal system. Ultimately, the Qing government selected Japan, which had the closest cultural ties to China, as the legislative model. Following the fall of the Qing Dynasty, during the Republic of China period under the Beiyang government, the legislature promulgated a new law on the right of works in 1915. Later, under the leadership of the Chinese Nationalist Party, the legislator introduced another law in 1928. After the formation of the People's Republic of China in 1949, there were no laws concerning the right of works, authors' rights or copyright for a significant period. It was only in the 1980s that China revived the implementation of intellectual property laws. During this time, there was an intense debate between proponents of "right of works" and "copyright" laws. In the end, Chinese legislators chose to establish a Law on Right of Works in 1990. Today, however, the creation and development of this concept remains unclear. For instance, certain Chinese scholars have misconstrued the involvement of Japanese jurists, presuming that the Japanese concept of "right of works" was mistranslated from civil law countries' authors' rights concept³⁷. In doing so, they have ignored the fact that the emergence of this concept is the product of human choice and deep reflection.

37. See Jiang Ping, Shen Renqian, "Analysis of the Law on Right of Works of the People's Republic of China", *China International Broadcasting Press*, 1991, p. 40.

Over time, the concept of right of works has gradually evolved into an independent concept, distinct from that of authors' rights. The notion of authors' rights refers specifically to the protection of authors. Therefore, it cannot cover rights that protect third parties other than the author. For instance, original copyright holders cannot be employers or producers. This presents a significant challenge regarding related rights as the holders of these rights are not authors. Therefore, lawmakers were compelled to amend the name of their legislation to the "Authors' Rights and Related Rights Act" following the introduction of related rights. Germany, for example, has adopted the "Act on Copyright and Related Rights". Italy has used "Law on the Protection of Copyright and Neighbouring Rights" as its legislative name. This name is cumbersome and complicated. On the other hand, the concept of "right of works" can cover all rights on or related to works. Consequently, the notion of "right of works" is sufficient to cover related rights. We also note that in regions where the right of works model is currently adopted, legislators have not added the expression "related rights" to the title of the legislation. They all adopt "the law on the right of works" as the legislative name.

B. A System Based on the Transplant of Copyright and Authors' Rights

Had the right of works legislator followed copyright model or authors' rights model in its entirety, the creation of the concept of right of works would have been meaningless. The distinctiveness of the concept lies in its specific rules, which stem from a combination of copyright and authors' rights.

This transplant of two different systems is a very special one, as there are many differences between them, such as the type of works, the moral rights of the author, the rules of ownership of audiovisual works and works by employees, originality, and so on. Some of the rules mentioned above are specific to the authors' rights system, but such rules have not been accepted by copyright countries, including related rights and full protection of moral rights, because copyright countries currently recognise only relatively limited protection of moral rights. Moreover, certain copyright rules are specific to some countries and not accepted by authors' rights countries, such as the rule that employee works belong to the employer and audiovisual works to the producer.

The legislators within right of works broke down the wall between the two systems and brought the specific rules of authors' rights or "copyright" into the same system. For instance, they created related rights, extensive moral rights, special ownership rules for audiovisual works and works of employees, and so on. These rules wouldn't have overlapped in the first place.

It should be noted that transplants via the right of works aren't arbitrary, but are subject to specific conditions. Conflicts arise over specific rules of copyright and authors' rights, such as types of work, originality and contractual freedom of assignment. It is unfeasible for the lawmaker to incorporate these rules into a single system. Consequently, transplantation via right of works adheres to two primary principles.

On the one hand, the concept of right of works aligns with authors' rights regarding the range of works, originality standards and types of

rights. It is worth noting that the law on right of works, initially developed in Japan, is derived directly from the Berne Convention. Additionally, the convention's formation is largely shaped by countries with authors' rights legislation. Among the initiators of the 1886 Berne Convention, we can observe that there was only one country with a concept of "copyright," which was the United Kingdom. The right of works thus attached great importance to protecting the interests of authors. Japanese scholars consider that the transition from "Copyright" Law to "Right of Works" Law in Japan in 1899 completely changed the structure of the law, because under the right of works, the construction of rights can only be achieved through the protection of authors³⁸. As such, the fundamental rules and overall structure of the right of works follow those of the authors' rights legislation.

On the other hand, the right of works follows copyright in terms of the rules governing the use of the work. Its principal objective is to enhance industrial development by facilitating the efficient use of works. In this regard, right of works and authors' rights are distinct. Why have we come to this conclusion? In our opinion, there are two main reasons. Firstly, the adoption of the right of works in the late 19th and early 20th centuries occurred in East Asia, an economically underdeveloped region. Legislators tend to prioritise growing national industries. If safeguarding copyrights impedes such growth, legislators tend to prioritise industry protection. This lends a strong utilitarian colour to the right of works. Secondly, there is no tradition of natural law in East Asia, unlike in countries with authors' rights. As such, legislators of right

38. *Ibid.*, p. 10.

of works don't feel compelled to afford authors absolute protection as per natural law.

These transplant rules are applied consistently and stably in all right of works regions. Though there are variances in legislation among China, Japan, South Korea, North Korea and Taiwan, in general they are consistent. For instance, for works created by employees, the legislators within right of works have all created rules according to which the economic rights in the works belong to the employers. Moreover, with the exception of North Korea, they have all named these works as “works of service” in their legislation. Similar examples can also be found in the types of works, contractual freedom for assignment, etc.

Another example is the different rules on copyright and authors' rights. Japan, China, North Korea, and Taiwan all provide that the term of protection of the right is the life of the author plus 50 years after the author's death, which is shorter than the term provided in copyright and authors' rights countries. The latter two systems generally provide for the life of the author plus 70 years after death. South Korea initially adopted the same rule, but the United States diplomatically pressured them to extend the period by another 20 years.

C. A System Based on the Influence of Japanese Culture

The establishment of the “Berne Convention” does not necessarily result in the development of a new system. When Japan joined the Convention in 1899, many countries followed suit. However, instead of creating a unique

right, they opted for the legislative model of authors' rights or "copyright." Therefore, it can be inferred that the emergence of the right of works in Japan is an exception rather than the norm. So why can copyright legislators achieve this result? We have to go back in history to find the answer.

The concept of right of works in Japan was shaped by both the Berne Convention and Japanese culture. On the one hand, Japan had long looked to the "copyright" model. In 1853, the "black ship" led by General Perry of the United States entered the port of Japan. American laws thus had a positive impact on Japan at the start of the Meiji Restoration period. The concept of "copyright," which was translated by Fukuzawa Yukichi (福澤諭吉), was directly employed by the Japanese legislator in the regulations published in 1875, and subsequently adopted in the 1887 "copyright" regulation and the 1893 "copyright" law. Additionally, Japan's civil and criminal law systems have been transplanted from the rules of the civil law system, resulting in influence from the civil law system on authors' rights.

Under the influence of these two perspectives, Japan has integrated the rules of both authors' rights and copyright into its own law. For instance, unlike traditional copyright countries, Japan's 1887 copyright regulations already included provisions on moral rights. Therefore, it is evident that Japan's amalgamation of the two systems had already begun before the enactment of the Japanese Law on Right of Works. This result may seem somewhat exceptional from the point of view of other countries, but it is not surprising in the context of Japan's particular cultural concept. In the late 19th and early 20th centuries, Japan, as a relatively late-developing country

in legislation, did not deliberately follow any one country in making its laws, but drew on the foreign laws of many countries. This approach of blending laws from various countries became a common pattern of Japanese legislation at that time. Consider, for example, the Japanese Civil Code. In the early stages of civil law development, Japan sought the assistance of French jurist Gustave Boissonade in drafting the Japanese Civil Code. However, Japanese jurists revised the civil code drafted by Boissonade, following the model of the German Civil Code. The Japanese civil code thus incorporates elements of both the German and French civil codes.

As a result, while some countries have chosen between authors' rights and "copyright," Japan has established its own system. Japanese legislators are believed to have exercised their freedom in creating this system. Japan's 1899 Law on Right of Works is also a product of this freedom. As the draftsperson of Japan's Right of Works Law in 1899, Mizuno Rentarō (水野鍊太郎) believed he had created the concept of right of works³⁹.

III. IMPROVING THE SYSTEM OF RIGHT OF WORKS

Although the right of works has broken down the barriers between authors' rights and copyright, the simultaneous implementation of the latter two systems has also created problems. Some of these matters are shared among all right of works countries. Furthermore, there is currently a lack of translation versions of the right of works, and legal entities can also enjoy

39. See Ari Hagiwara, *The origin and development of the words "copyright" and "droit d'auteur" in Japan*, p. 8. URL: <http://commentaries.asia/paper/copyrightinjapan.pdf>, accessed on February 17, 2023.

moral rights. In this regard, it is vital to develop a distinct title for the right of works (A) while specifying that moral rights can only be enjoyed by natural persons (B). Some issues are region-specific; for example, Chinese courts have classified the results generated by artificial intelligence as works (C). Also, Chinese courts have applied both authors' rights and copyright standards of originality (D). There is a need to enhance these standards in this regard.

A. The Creation of a Specific Foreign Language Title

The concept of right of works and its independence is still unfamiliar to most countries outside of the system of right of works. Likely, the lack of an independent foreign-language term for this concept has contributed to this. The Japanese equivalent of the right of works is commonly referred to as “copyright” in English, with the official WIPO website using the same translation for the English version of the Chinese Law on Right of Works⁴⁰. It is challenging for foreign copyright experts to perceive the right of works as an independent system. Additionally, copyright countries lack appropriate translations for the right of works. For instance, the term is commonly translated as *droit d'auteur* in French when referred to in Japanese or Chinese texts.

Of course, the same applies to the translation of “copyright” or “*droit d'auteur*”. Sometimes, the concept of “*droit d'auteur*” is translated into English as “copyright”. However, this translation is not intended to imply that countries with “*droit d'auteur*” and countries with “copyright” confuse each

40. The Law on Right of Works of the People's Republic of China: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn001en.pdf>, accessed on June 3, 2021.

other's concepts, but rather to reflect the habitual use of terminology within their respective systems. When the Berne Convention was drafted in 1885, the drafting committee emphasized that the name of the convention aligns with the concept of "literary and artistic property." Additionally, the committee recommended that each country adopt common expressions like "copyright" or "*droit d'auteur*" for translation purposes⁴¹. This translation method, which takes into account term usage, is globally recognized. So, although "copyright" is sometimes translated as "*droit d'auteur*" in French, this does not mean that "*droit d'auteur*" and "copyright" are the same concept. This approach merely aids French speakers in grasping foreign word meanings.

But in terms of copyright, due to the absence of a standard foreign-language translation, researchers outside the region are unaware of the true meaning of the law. They tend to think that the laws protecting authors in East Asia have no particularities of form or substance. This weakens the relatively independent status of the right of works in relation to copyright and authors' rights. In view of this disadvantage, we suggest adopting the concept of right of works in foreign languages directly in the future, rather than using the concepts of authors' rights or "copyright" to translate it.

B. Exclusion of Moral Rights for Legal Entities

In right of works regions, moral rights may be granted to legal entities. In Japan and South Korea, legislators designate employers as the

⁴¹. See Sam Ricketson and Jane C Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, translated by Guo Shoukang, Liu Bolin, et al., Renmin University Press, China, 2016, p. 198-199.

authors of employees' works⁴². Japanese scholars hold that when a legal entity obtains the status of author, it can also enjoy the moral rights of the author. In China, employee works are categorized as "service work" for which the employee is considered the author, and "corporate work," for which the corporate body is defined as the author. According to Chinese court rulings, the legal entity enjoys full moral rights over the work of the legal entity⁴³. In Taiwan, the status of author can even be transferred from employee to employer. Under Article 12 of Taiwan's Law on the Right of Works, employees are defined as the authors of employee works, but employers can obtain author status by contractual agreement. Thus, employers can also enjoy moral rights as authors.

This rule originates from the simultaneous transplant of authors' rights and copyright. While these lawmakers within right of works reference the American legal concept of "works made for hire"⁴⁴, which acknowledges employers as authors, they also acknowledge authors' rights, granting moral rights to the author. When these two components converge, employers are entitled to moral rights.

However, this provision is completely unreasonable. It should be noted that moral rights arose from the concept of the theory of personality, which grants these rights exclusively to natural persons. This principle is recognized in countries that enforce copyright law. Despite the fact that U.S. copyright

42. Handa Masao, Wenya Masao, *50 conférences sur le droit d'auteur*, translated by Wei Qixue, Presses de droit, 1990, p. 87.

43. See, for example, Hubei Superior Court, *Zhang Xiaoning v/ Wuhan Creative Design Enterprise for Tricolored Birds*, ruling no. 1218, 2020.

44. See Section 201 of the U.S. Copyright Act.

law designates the employer as the author of works created for employment purposes, it does not grant moral rights to the employer. According to Section 106 of the Act, moral rights exist only in works of visual art, while Section 101 of the Act excludes employee works from works of visual art. Therefore, moral rights cannot be claimed over employee works.

As a result, the legislators within right of works have placed contradictory provisions in the same position. Therefore, it is necessary to modify the law by denying moral rights to moral persons.

C. The Rejection of AI-generated Results as Protected Works: A Chinese Necessity

With the fast development of artificial intelligence technology, researchers have begun to wonder whether the results generated by artificial intelligence can be defined as copyrightable works. The key to answering this question is whether an object that is not created by humans can still be considered a work? Nevertheless, most countries have answered in the negative, while China's answer is in a different direction.

In fact, China also gave a negative answer at first. In the "*Feilin*" case, whose first-instance judgment was handed down in April 2019, the Beijing Internet Court determined that results generated automatically by computers do not constitute works. This was an analysis report on the film and TV industry, which included specific graphics and text. In

the court's opinion, the graphics at issue in the case did not constitute works of art, as they were not drawn by the plaintiff, but were generated automatically by a pre-existing database. As for the text of the report at issue in the case, the Court ruled that it did not constitute a literary work, as it was generated automatically by software according to keywords selected by the plaintiff and had not been created by a natural person⁴⁵. This judgment was confirmed by the Beijing Intellectual Property Court on appeal.

However, China then gave an affirmative answer in another judgment. In the *"Tencent" case*, whose first-instance judgment was handed down in December 2019, the Nanshan District Court in Shenzhen qualified an article generated by artificial intelligence as a protected work. This was a writing robot called "Dreamwriter" developed by Tencent's company. It can automatically generate a large number of articles on daily news. The defendant reproduced an article written by Dreamwriter on its website, giving rise to the dispute at issue.

In the judgment, the Court first affirmed the necessary value of human participation in the creation of works. This view is not dissimilar to that of foreign courts. However, the Court considered that the process of automatic generation of articles by the "Dreamwriter" software could not be considered as the entire creative process, as the software could not operate in a totally unconscious manner. Subsequently, the court ruled that the way in which the

45. See *Beijing Internet Court, Beijing Feilin Law Firm v. Beijing Baidu Technology Company*, Judgment No. 239, 2018.

software operated automatically represented the plaintiff's choice. Specifically, it held that the plaintiff had made arrangements and choices in terms of data types, data formats, article structure and writing styles, etc., and that the software's automatic operation represented the plaintiff's choice. Consequently, the Court concluded that the text at issue in the case constituted a literary work⁴⁶.

However, we believe that this ruling has a few issues. It appears that the Court considers the parameterization of software to be a part of the creative process, as long as humans arrange and select the software before it is run. Thus, the results produced by the software are considered to be works. However, the Court seems to be confusing the preparation of working tools with the actual creation or work itself. According to Article 3 of the Implementing Regulations of the Chinese Law on Right of Works, "The term 'creation' as referred to in the Law on Right of Works means intellectual activities in which literary, artistic or scientific works are directly created." This provision also states that the provision of material conditions for creation is not to be considered an integral part of creation. In this situation, human involvement is limited to preparing or setting up the necessary tools. While the organization of these tools may impact the outcome, it does not define the specific content of the work. As a result, the court effectively recognizes a result without human participation as a work.

46. See Nanshan District Court in Shenzhen, *Tencent Computer Company in Shenzhen v. Yingxun Technology Company in Shanghai*, Judgment No. 14010, 2019.

So why have Chinese courts made such a choice? Mainly, it has to do with the basic theory of Chinese legislation based on the right of works.

On the one hand, there is no tradition of natural law in China. In the absence of the influence of natural law, the participation of a natural person in creation is not the key to qualifying a work. While China occasionally adopts principles based on natural law, it also frequently makes decisions that are contrary to natural law.

We can take the “*Feilin*” case as an example. Although the Beijing Internet Court clearly emphasized the requirement that works must be created by a natural person, it came to an unexpected conclusion. It ruled that the results generated by artificial intelligence were original, as they reflected a selection, judgment and analysis on the data⁴⁷. However, the method of adopting selection and judgment as elements for identifying originality is in fact derived from the traditional personality theory. The original idea of this theory was to analyze whether the work reflected the author’s personality elements, but the Beijing Internet Court in this case, although it directly adopted this method of judging originality, completely ignored the human personality factor. This was, in fact, a clear error.

The debate on the nature of moral rights in China provides an additional example. While most Chinese scholars confirm the independent value of moral rights, a few academics believe they simply fall under property rights

47. See Beijing Internet Court, *Beijing Feilin Law Firm v. Beijing Baidu Technology Company*, Judgment No. 239, 2018.

within the right of works⁴⁸. Certain scholars also view moral rights' inclusion in the intellectual property system as incidental⁴⁹.

On the other hand, the Chinese legislature is deeply influenced by utilitarianism and considers the promotion of creative work and the development of culture as the legislative purpose of the law. Article 1 of the law directly states this objective⁵⁰. This type of utilitarian legislative objective can also be found in other countries with right of works. Japan, South Korea, and China have implemented national strategies for intellectual property with the objective of utilizing intellectual property laws to advance industrial development. However, utilitarianism is more strongly emphasized in China than in other countries within the right of works countries. While other countries lack a natural law tradition, they still integrate certain natural law elements. Japan, for instance, was influenced by the Western natural law revival movement after World War II, leading to some limitations of utilitarianism. Nevertheless, such restrictions are not yet present in China.

In China, therefore, even without human participation, as long as the protection of a result can encourage creation, Chinese courts are willing to define it as a work. This was expressed by Judge Zhou Lingjun, who participated in the "Tencent" trial, where he argued that classifying artificially intelligent generated

48. See Yang Yanchao, *Work's moral rights*, Law Press, 2007, p. 152-185.

49. See Li Chen, "Doubts about the integration of moral and economic rights in intellectual property rights", *Chinese Social Sciences*, 2004, No. 2, p. 78.

50. Article 1 of China's Law on Right of Works stipulates that: "[t]his Law is enacted, in accordance with the Constitution, for the purposes of protecting the copyright of authors in their literary, artistic and scientific works and the copyright-related rights and interests, of encouraging the creation and dissemination of works which would contribute to the construction of socialist spiritual and material civilization, and of promoting the development and prosperity of the socialist culture and science."

outcomes as works is consistent with the aim of China's Law on Right of Works to incentivize creativity. What's more, in his opinion, such a qualification may encourage the development of the artificial intelligence industry⁵¹.

Conversely, natural law has exerted a strong influence on both authors' rights and copyright countries. Although copyright countries have a strong utilitarianism, they are still influenced by Locke's Labor theory. In addition, authors' rights countries are deeply influenced by personality theory. Consequently, countries of both systems consider human participation to be an essential element in the creation of works. The results obtained by artificial intelligence have not yet been recognized as works in these countries.

D. Clarifying the Ambiguities of Originality: A Chinese Necessity

When it comes to determining originality, Chinese courts have introduced both the "authors' rights" and the "copyright" rule, which has ultimately led to serious disagreements in judicial decisions. This difference is mainly reflected in the requirements for the degree of creativity. On the one hand, some Chinese courts have ruled that originality requires only "a minimum degree of creativity". This standard is similar to that of "copyright"⁵², as expressed in the *Feist case* decided by the U.S. Supreme Court in 1991⁵³. On the other hand, some courts have ruled that originality requires "a certain degree of

51. See Tian Yuzhuang, "The country's first case to identify articles generated by artificial intelligence as a work, ranked among the top ten cases in China's People's Courts in 2020": <https://www.dutenews.com/p/1194777.html?isRecommendHref=1>, visited on February 22, 2023.

52. See Nanshan District Court in Shenzhen, *Tencent Computer Company in Shenzhen v. Yingxun Technology Company in Shanghai*, Judgment No. 14010, 2019.

53. See *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991).

creativity”, which is similar to that of authors’ rights. Both standards have long been applied in China. Some courts apply different criteria of originality in the same decision. For example, the Zhejiang Superior Court ruled in one case that to qualify as originality, there must be “a certain level of intellectual creation”, but also stressed that “a minimum level of creativity is required”.

The use of two different standards simultaneously has resulted in unfortunate consequences in practice. For instance, when determining whether a program of sporting events qualifies as a “work,” varying originality standards lead to divergent decisions. Certain courts in China employ a higher originality standard, and through their lens, images captured in a sports event program are a mere objective account of the match’s progress, therefore, failing to satisfy the originality prerequisite. Yet other courts used a lower standard of originality, considering that sporting events already reflect the personal choices and arrangements of creators like directors and broadcasters, meeting the criteria for originality. The first viewpoint aligns with the standard of originality similar to authors’ rights while the second viewpoint adopts the “copyright” standard.

In order to resolve such conflicts, China must choose a single standard. As mentioned above, the authors’ rights standard will prevail. Indeed, in authors’ rights countries that first established a dichotomy between related rights and authors’ rights, sports event programs were deemed unable to meet the originality requirement. For example, the German Federal Court ruled that images formed by the filming of sports events did not constitute cinematographic works.

IV. CONCLUSION

The concept of the right of works remained unknown in countries that recognized authors' rights and copyright for a long time. Many researchers erroneously confuse it with the latter two concepts, even in right of works countries. It is crucial to acknowledge the autonomy of this system apart from authors' rights and copyright laws. In relation to both copyright and authors' rights, its importance cannot be underestimated. Since the rules of the right of works have their origins in the simultaneous transplant of two systems, their existence can be interpreted as a direct result of the fusion of those systems. This has significantly reduced the divide between authors' rights and copyright, potentially dispelling the stereotype that there is a vast gulf between the two models.

(English translation by Marie-Céline PALLAS)

CURRENT ISSUES ON COPYRIGHT IN LATIN AMERICA



RAFAEL FARIÑAS¹

[Lawyer, Doctor of Law from Universidad Central de Venezuela](#)

Vice President of Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)

Regional Director of International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) for Latin America and the Caribbean

INTRODUCTION

Copyright in Latin America and the Caribbean² presents a paradoxical reality: On the one hand, many countries in the region face daily economic

1. Lawyer, Doctor of Law from Universidad Central de Venezuela (UCV) in Caracas. Guest Lecturer in the Postgraduate Programs of Intellectual Property for Universidad Monteávila in Caracas (Venezuela), Universidad de los Andes in Mérida (Venezuela), and Universidad de Buenos Aires in Argentina. He is the Vice President of Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA), and the Regional Director of International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) for Latin America and the Caribbean.

2. Latin America refers to the countries where people primarily speak Spanish and Portuguese in South America, Central America, the Caribbean, and in Panama and Mexico. Puerto Rico and Haiti are not included due to their different legal regimes: Delia Lipszyc (2014).

and social challenges such as inflation and immigration, but on the other hand – and despite this – there have been positive indicators after the promotion and approval of laws that serve as a framework for effective protection of creators' rights.

Efforts to protect the rights of authors and representatives of related rights are ongoing, driven by both the authors and management societies, and the Jurisprudence that often rules in favor of the author's rights and holders of related rights when it comes to its consideration. Although examples of successful outcomes may be limited, they are sufficient to build trust in the system.

This document aims to address certain issues related to that reality. To do so, we will quote Nobel Prize winner Gabriel Garcia Marquez's statement – made in another time and in another context – that truth in literature is not photographic but synthetic, and finding the essential elements for that synthesis is one of the secrets of the art of narrating³. We will attempt to apply this idea to a discipline that is non-fictional literature – the Copyright – but also made up of words articulated in norms aimed to protect the creator's moral and economic rights. What follows is our synthesis of that reality in the region: Considerations on collective management; private copying regulations and their implementation in Latin America; remuneration rights

«Copyright and Related Rights in Latin America». Masterclass at the Copyright Institute. Madrid. Available at: <https://bit.ly/3a2wFP5>

3. Mendoza, Plinio A. (2015): *Conversaciones con Gabriel García Márquez. El olor de la guayaba*. Editorial Planeta Mexicana, under the editorial seal DIANA. pp. 155-156.

for audiovisual authors and its apogee in Colombia and Chile, and regional experiences of licensing digital rights through one-stop shop models.

Below, we will highlight the key elements that bring us closer to a synthetic reality of copyright in Latin America, whether sufficient or not.

1. CONSIDERATIONS ON COPYRIGHT COLLECTIVE MANAGEMENT IN LATIN AMERICA

1.1. Statistical Data on the Region

Latin America and the Caribbean currently have 46 collective management societies spread across 24 countries. 30 of these societies manage musical repertoire, 09 manage audiovisual repertoire, 07 manage visual arts repertoire, and 07 manage dramatic and literary repertoire. In some cases, some societies manage more than one type of repertoire⁴.

The COVID-19 pandemic led to a reduction in the amount of royalties collected in the region. In 2021, the region's total collection amounted to €368 million, with 90.7% coming from the music sector. As stated in the Global Collections Report, this makes up 3.8% of CISAC's global collections⁵. Since the pandemic, there have been changes: Festivals like Lollapalooza and Rock in Rio, as well as large concerts and live performances, have returned to the main markets in Brazil, Argentina, Mexico, Colombia, Chile, Peru,

4. CISAC 2023 Annual Report. Available at: <https://bit.ly/443eN1P>

5. CISAC Global Collections Report 2022. Available at: <https://bit.ly/3NyN7dY>

and Ecuador. Additionally, there has been an increase in the use of digital platforms

The CISAC 2023 Report on Global Collections⁶, released on October 26, 2023, revealed that copyright collections in the region for the year 2022 reached a total of 612 million euros, demonstrating a growth rate of 61.1% compared to the preceding year. This increase establishes the region as the frontrunner in terms of growth rate.

1.2. The Legal Nature of Collective Management Societies in Latin America

In Latin America, collective management societies are non-profit organizations that need approval from the government to operate. The relevant offices responsible for copyright and related rights typically grant this authorization. Although these societies may handle significant amounts of money to manage licensing and collect the rights associated with their members' works, this is not their end goal. Instead, it is a means to achieve their objectives. The rights collected belong to their right owners, and the societies can only use a portion of the money for administrative expenses up to the maximum percentage established by legal or statutory provisions. Article 45 (e) of Decision 351 of the Comunidad Andina (CAN)⁷ expresses this and is repeated with slight variations in the copyright and related rights laws of other countries in the region.

6. CISAC. Report on Global Collections 2023. Available at: <https://bit.ly/40loEis>

7. The Andean Community comprises the countries of the Andean Pact: Bolivia, Colombia, Ecuador, and Peru.

Every society has the authority to set and release fees, collect payments, and allocate them to their local members and members of international societies, taking into account the proportional involvement in the actual usage of the works (for example, this is outlined in Article 29 (9)(10) of Panama's Copyright and Related Rights Law).

The regulations for collective management entities differ in El Salvador, Costa Rica, and Cuba. In El Salvador⁸, the Law for the Promotion of Intellectual Property requires *these entities to be formed under any society classes regulated by the Commercial Code* (Art. 103). Additionally, the Law mandates that these entities must *register their articles of incorporation and bylaws with the Registry of Commerce* (Art. 12). In Costa Rica, the Regulation of the Law on Copyright and Related Rights states that collective management societies are private legal individuals whose primary purpose is to protect the economic rights of copyright and related rights owners, rather than solely seeking profit or gain (Art. 48). Meanwhile, in Cuba, the Copyright and Performing Artist Law specifies that state organizations, created for collective management for law-protected rights, exercise this function without profit, with legal personality and assets (Art. 90). (Emphasis added).

1.3. Considerations on Colombian Jurisprudence regarding Alternative Forms of Association beyond Collective Management

In Latin America, the management of rights for the use of works is done either by the author or owner of the right individually or through collective

8. Available at: <https://bit.ly/45IrxCi>

management societies authorized by the State to act on their behalf. In this case, the societies manage the entire repertoire of works given to them by their associates for administration. They then grant users licenses, collect the rights, and distribute them to the owners.

In Colombia, there are variations of this reality. Following a ruling⁹ by the Colombian Constitutional Court in 2004, new agents have emerged who conduct licensing activities for the repertoire of works and collection of rights without formally establishing themselves as a collective management society. We will refer to these various association forms as improper collective management. And we will now discuss the origin and influence of these agents on the Colombian market.

Colombian Law 232 of 1995 establishes rules for the operation of commercial establishments in Article 2:

Despite what was stated in the previous article, establishments open to the public must adhere to certain requirements to operate: c) Any establishment that plays copyrighted music publicly ***must provide vouchers issued by a legally recognized authority***, per Law 23 of 1982 and other complementary regulations.

The Constitutional Court received an appeal regarding this norm that violates the right to equality. The plaintiff argues that the norm clearly discriminates against copyright holders who are not authors of musical works

9. Available at: <https://bit.ly/480xKEB>

since the former cannot enforce their rights with the same privileges as musical authors.

According to the plaintiff, this situation arises because commercial establishments open to the public must provide proof of payment, making it easier to collect owed funds and leaving non-affiliated holders with no other option but to take further action. Furthermore, section c. of the Law above violates the equality right of musical authors not associated with copyright management societies, as only these entities are recognized by the Ministry of Interior to issue the necessary copyright authorization. The plaintiff argues that individual copyright exercise should be permitted.

Regarding this matter, the Constitutional Court has declared that the interpretation of «*legally recognized authorities*» has caused unconstitutional limitations, and therefore, the Court must declare its constitutionality under specific conditions, as only one interpretation is constitutional. In line with this, this article should be understood in the sense that proof of payment is required even in cases where authors accept alternative forms of association or make individual claims.

The Constitutional Court has declared that section c. of Article 2 of Law 232 of 1995¹⁰ is constitutional, but only for the specific charges that were examined at that time. This means that in cases where ***authors accept forms of association other than collective management or pursue their individual claims***, proof of payment must also be provided. (Emphasis added).

10. Available at: <https://bit.ly/460xio5>

Indeed, the judgment suggests that authors are open to accepting alternative forms of association beyond collective management and can make their claims individually. As expected, since then agents who claim to represent the authors without being officially established as collective management entities, issue licenses that do not cover authors and individual works but rather a group of authors they claim to represent and whose content is a work repertoire. Certainly, such practices create confusion in the market and result in unfair competition with legally established management entities authorized by the State.

2. THE PRIVATE COPYING AND ITS PROTECTION REGIME IN LATIN AMERICA

The CISAC study¹¹ on Private Copying identifies four scenarios across the five regions of the world: (i) countries without a private copying exception, (ii) countries with a private copying exception but no compensatory remuneration, (iii) countries with compensatory remuneration but without a system for collection and distribution, and (iv) countries with both compensatory remuneration and a collection and distribution system. 74 countries have established an exception for private copying in their laws, while 38 of them have a management system for such compensatory remuneration.

Paraguay, Peru, the Dominican Republic, and Mexico have a private copying exception in Latin America. However, Paraguay and Peru are the only countries with a collection and distribution system. In Paraguay, the

11. CISAC (2017): *Private Copying Global Study*. Available at: <https://bit.ly/488JDIB>

collection is carried out through the *Entidad Paraguaya de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes* (AIE), following resolution 21/2015 of the *Dirección Nacional de Propiedad Intelectual* (DINAPI). This designation is made through an agreement between the entities of authors, artists, producers of phonograms, actors, and performers of audiovisual works, as established by Decree 4212/2015¹² of the Ministry of Industry and Commerce.

In Peru, the *Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante* explains the rules for private copying. Among other provisions, this Law establishes in Article 20 that: reproducing works, performances, or artistic executions solely for private use in the form of videograms or phonograms on any material capable of holding them *requires compensation payment for private copying that will be divided among the artist, the author, and the videogram and/or phonogram producer based on the way and percentages established by the Regulations*¹³. (Emphasis added).

Peru, like Paraguay, has a one-stop shop scheme¹⁴ for societies of authors, artists, performers and music performers, phonogram producers, audiovisual producers, and visual artists.

As of this date, two ongoing projects regarding compensatory remuneration for private copying in Mexico and the Dominican Republic are awaiting approval. The first project looks to incorporate a reform to the

12. Available at: <https://bit.ly/3fcpuVl>

13. Available at: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pe/pe041es.pdf>

14. More information about the one-stop shop scheme in Peru available at: <https://bit.ly/2EAdJeP>

Federal Copyright Law¹⁵, which permits economic rights and related rights owners to demand as an inalienable right the compensation for any copies or reproductions of their disclosed works used in books or publications, phonograms, videograms, or in any other audio, visual or audiovisual format, made under the restrictions set out in the Law Articles 148 and 151. The second project aims to modify Presidential Decree 284 of 2004 and set particular guidelines for receiving compensatory payment for private copying¹⁶.

3. REMUNERATION RIGHT OF THE AUDIOVISUAL AUTHORS¹⁷

Latin America represents a very illustrative example of a region in which, particularly in recent years, copyright recognition for audiovisual works has been spreading, making the region a leader in protecting the rights of audiovisual authors. This research focuses on copyright protection for audiovisual authors (whether for remuneration rights or exclusive rights), such as directors and scriptwriters; in Latin America, it includes the following countries: Chile, Colombia, Panama, Uruguay, and Argentina. With the help of local collective management societies, these countries have gradually implemented these rights that were only fully recognized in the mentioned region until a few years ago, in the “Ricardo Larraine Law»¹⁸ in Chile; the

15. Federal Copyright Law. Available at: <https://bit.ly/39OUkTa>

16. Fariñas, R (2020). *La gestión colectiva del derecho de autor en América Latina: Recorrido hacia una nueva realidad*. Instituto Autor. Madrid. p.6.7.

17. This section was prepared for a more comprehensive regional study by CISAC on audiovisual authors' right to remuneration, which included economic data related to the industry and its impact on creators' rights.

18. Law 20,959 published on October 29, 2016 extends the application of Law 20,243 which establishes norms on the moral and patrimonial rights of the interpreters of artistic

«Pepe Sánchez Law»¹⁹ in Colombia; in the Law 64 on Copyright and Related Rights²⁰ in Panama; and a reform of the Copyright Law in Uruguay that has introduced such rights. In Argentina, the right to remuneration for audiovisual works is recognized through a mandatory collective management system established by the respective Laws and Regulatory Decrees²¹.

Regarding directors and scriptwriters, in Colombia, REDES (scriptwriters) and DASC (directors) handle the collection; in Chile, ATN does; in Argentina, scriptwriters are paid through ARGENTORES and directors through DAC; while in Uruguay, the Law allows audiovisual creators to establish a collective management entity and delegate the collection to another collective management entity of creators. As of this writing, the collective management entity AGADU is in charge of coordinating with directors and scriptwriters in Uruguay to manage their remuneration rights. In Panama, the management of rights is in the early stages as EDAP, the audiovisual copyright management entity, was authorized to operate by the National Directorate of Copyright in August 2021.

In Brazil, there are two audiovisual authors' societies: DBCA for directors and GEDAR for scriptwriters. However, remuneration right for audiovisual authors is not legally guaranteed, and a proposal is currently under discussion in Parliament.

performances set in audiovisual format, to the directors and scriptwriters of audiovisual works, who will also enjoy the right to receive an inalienable and non-transferable remuneration. Available at <https://bit.ly/3r6oH4t>

19. Law No. 1835 of June 9, 2017, or «Pepe Sánchez Law» by which article 98 of Law 23 of 1982 on Copyright is modified, and a right to remuneration for public communication is established for the authors of film works. Available at: <https://bit.ly/3ivwDlt>

20. Law 64 of October 10, 2021, on Copyright and Related Rights. Available at: <https://bit.ly/3qrSVLz>

21. Laws 11,723, 17,648 and 20,115 and Regulatory Decrees 124/2009 published on 02/24/2009 in the case of DAC, and Regulatory Decree 473/68 in the case of ARGENTORES.

3.1. Authorship and Ownership in Audiovisual Works

3.1.1. CHILE

According to Article 27 of the Intellectual Property Law published on October 2, 1970, the individual or individuals who create the intellectual content of a film work are considered the authors. Co-authorship is presumed among those involved in the plot, staging, adaptation, script, and music specially created for the cinematographic work, and the director. Also, Article 27 states that if a film has been made using a protected work or staging, the original authors of these will also be considered authors.

Article 29 outlines the ownership of economic rights as follows, despite any previous provisions:

The contract between the authors of the cinematographic work and the producer imports the assignment in favor of the latter of all the rights over it and authorizes him to show it in public, broadcast it on television, make copies, rent it out and transfer it, without prejudice to the rights that this Law recognizes to the authors of the works used and other collaborators involved.

3.1.2. COLOMBIA

According to Copyright Law 23 of 1982, Article 95, the individuals recognized as authors of a cinematographic work include the director or

filmmaker, the author of the film script, the composer of the music, and the cartoonist if the design is animated.

Regarding the ownership of the rights, it is presumed that the rights are transferred to the producer in the following terms:

Article 98: The producer will have economic rights over the film work unless otherwise agreed upon.

3.1.3. PANAMA

According to Article 14 of Law 64 passed on October 10, 2012, regarding Copyright and Related Rights, the co-authors of an audiovisual work, unless there is an agreement stating otherwise, are:

1. The director or filmmaker.
2. The author of the plot.
3. The author of the adaptation.
4. The author of the script and dialogues.
5. The author of the music specially composed for the work.
6. The author of the drawings, in the case of animated designs.

According to the Law, if an audiovisual work is made using a pre-existing work that is still protected, the original author is recognized as one of the authors of the new work. Concerning the ownership of the rights, according to Article 19, unless otherwise agreed, the contract between the authors of the audiovisual work and the producer means the unlimited and exclusive transfer of the economic rights recognized in this Law to the producer, as well as the authority to decide about the work's disclosure.

3.1.4. URUGUAY

According to Article 29 of Uruguayan Law 9.739 (1937) on Literary and Artistic Property, with modifications made by the Copyright and Related Rights Law 17.6616 (2003) and other provisions, the director or filmmaker, the plot author, the adaptation author, the script and dialogue author, the composer (if applicable), and the cartoonist (for animations) are considered co-authors of the audiovisual work unless otherwise agreed.

The Article includes a section that supposes the transfer of exploitation rights to the producer, which is stated as follows:

The economic rights of the audiovisual work are assumed to be assigned by its authors solely to the producer unless agreed otherwise. The producer also has the right to modify or alter the work and decide on its disclosure.

3.1.5. ARGENTINA

According to Article 20²² of Law 11,723 on Copyright in Argentina, directors, scriptwriters and producers are all considered authors of audiovisual works. The composer holds the same rights as the creators above regarding any musical, cinematographic work.

3.2. The Remuneration Rights of Audiovisual Creators

3.2.1. CHILE

Law 20,243, Article 3 explains the moral and economic rights of performers of artistic works fixed in audiovisual format. Law 20,959 extends these rights to audiovisual authors; these authors will have an irrevocable and non-transferable right to receive remuneration for the following actions:

- a) Public communication and broadcasting through television channels, cable channels, broadcasting organizations, and movie theaters that air their content through any analog or digital transmission.
- b) Making available to the public on interactive digital media.
- c) Commercial rental of the works to the public.

22. Directors and scriptwriters were recognized as co-authors of the film work in 2003, after the entry into force of Law 25,847 of 2003, known as Ley Noble, which modified Article 20 of the above-mentioned Law 11,723 of Copyright of 1933.

d) The direct use of videograms or other audiovisual fixations or reproduction of the same for profit in venues accessible to the public through any suitable instrument.

In regards to the inalienability of the remuneration, the Law states the following:

Article 1: [...] This right does not admit resignation or assignment in any contracts or acts that the director or screenwriter celebrates, be it for the use of his/her works or the transfer of his/her economic rights.

3.2.2. COLOMBIA

Under the «Pepe Sánchez» Law, audiovisual authors are entitled to mandatory and inalienable compensation, as outlined below:

Article 1. Article 98 of Law 23 of 1982 should be added, which shall remain like this: Article 98. The producer of a film work will have economic rights unless otherwise specified.

Paragraph 1°. Despite the presumption that the authors' rights will be transferred, as stated in Article 95 of this Law, they will have, in any case, the right to receive fair compensation for any public communication of their audiovisual work, including any availability or commercial rental to the public. The responsible for public communication must pay directly.

Based on the rule above, two types of acts result in equitable remuneration:

- a) Public communication, including making available to the public.
- b) Commercial rental to the public.

As per the Law, the payment specified above should not be considered part of any previous transfer of rights made by the author before the Law was implemented. This means that the remuneration retains its effect, regardless of any prior transfer of rights or provision related to the author's work before the Law came into effect. Therefore, authors are entitled to receive this payment from anyone who publicly communicates, makes available, or rents commercial audiovisual works.

It should be highlighted that despite a claim of unconstitutionality, the Constitutional Court of the Republic of Colombia upheld the Law at issue in their ruling C-060/19²³ dated February 20, 2019, and explained the purpose behind the right to remuneration in the terms that follow:

In the sub-judice matter, the Court initially justifies the limitation as necessary to improve the working conditions of audiovisual creators. Indeed, the majority of those involved agree that the goal is for directors, music authors, scriptwriters, and/or cartoonists who assign their exclusive economic rights for film work to the producer through

23. Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Colombia. Available at: <https://bit.ly/36ycedi>

conventional methods or a presumption of legitimacy based on a fixed income that usually only compensates at the time of production of the work, to receive future economic benefits that provide compensation for public communication acts that involve reusing, commercial renting, making creations available or another similar act. This will lead to a more equitable distribution of income derived from the exploitation of an intellectual creation through a new remuneration that covers periods of inactivity, ensuring fair treatment in the sector characterized by intermittent linkages, frequent contracting through the provision of services, and varying fees. (Emphasis added).

The Court also stated [sic]: *«that the benefit works then with an eminently supportive purpose since any new projection, emission, or transmission of the work will provide economic support to its authors without prejudice to the income the producer receives for its use»*.

In Colombia, collective management is an optional mechanism for collecting the authors' economic rights. The National Directorate of Copyright has established²⁴ that third parties can trust collective management societies to be legitimate when collecting. They do not need to disclose the repertoires they handle, as confirmed on multiple occasions by the Constitutional Court, such as in ruling C-833 of 2007. These ruling states, regarding the presumed legitimacy, the following:

24. Concept of September 17, 2018. Exit file 2-2018-73864 signed by Andrés Felipe Varela as Head of the Legal Advisory Office of the DNDA.

“(…) In this context, for example, as stated by the Court in ruling C-509 of 2004, the concept of presumed legitimacy in favor of collective management societies rises in prominence, recognized in Law 23 of 1982…” and according to which “... it is based on the assumption of contracts entered into by authors or authors’ associations with users or with the organizations that represent them”. The Court stated that the matter at issue has already been studied by this Corporation that has announced that “such presumption aligns with the Letter as it fulfills the constitutional requirement. Article 49 of Decision 351 of 1993 from the Cartagena Agreement also supports this presumption, stating that collective management societies will be legitimized based on their statutes and contracts with foreign entities to manage and enforce the rights entrusted to them in any administrative or legal proceedings (...)”.

3.2.3. PANAMA

According to Article 20 of the Panamanian Law on Copyright and Related Rights, audiovisual creators have an inalienable right to receive proportional remuneration:

Notwithstanding the presumption of assignment of the economic rights as mentioned in the first paragraph of the previous article, the audiovisual work’s authors and performers will retain the inalienable right to receive proportional remuneration for the acts of exhibition, projection, transmission, or retransmission of the work. Those responsible for the

work's public communication must pay in accordance with the rates set by the concerned management entities.

Therefore, according to the previous regulatory provision, public communication resulting in proportional and inalienable remuneration includes:

- a) Exhibition, projection of the work.
- b) Public transmission and retransmission.

Also, those responsible for public communication will pay for the use of the work in accordance with the rates duly established by the management societies.

3.2.4. URUGUAY

A reform to Article 29 of Law 9,739 of December 17, 1939, was approved in 2019. The new wording introduced by Article 10 of Law 17,616 of January 10, 2003, states:

Article 29: [...] Musical authors or composers shall have the right to receive payment for public communication of their audiovisual work, such as the exhibition of film works, commercial rental, and sale of material formats. *Similarly, the right to equal remuneration is guaranteed independently for both directors and scriptwriters*²⁵.

25. See Law No. 19,858 of 12/23/2019 that modifies Article 29 of Law No. 9,739 of December 17, 1937, as amended by Article 10 of Law No. 17,616 of January 10, 2003. Available at: <https://bit.ly/3jew8yN>

The remuneration mentioned in the previous article includes:

- a) Public communication of the audiovisual work, including the public exhibition of film works.
- b) Commercial rental and sale of material formats.

This reform allows directors and screenwriters to form a collective management entity to handle their inalienable remuneration right in compliance with Law No. 9,739 of December 17, 1939, as amended by Law No. 17,616 of January 10, 2003. They can delegate the collection of their remuneration to another collective management society. AGADU is an example of a general entity entitled to manage both the rights related to music, drama, and visual arts, and the audiovisual rights– as it currently does.

3.2.5. ARGENTINA

Law 11,723 of 1933 states that authorized collective management societies must manage exclusive rights according to specific regulatory acts or decrees that allow such entities in the country to represent the rights of their members exclusively.

In Argentina, ARGENTORES for scriptwriters, DAC for directors, and SADAIC for soundtrack composers hold a legal monopoly over the exclusive exploitation rights of their members.

ARGENTORES, as per Article 1 of Law 20,115 of 1973, is responsible for collecting economic rights throughout Argentina for the use of the following works:

- a) Public performances.
- b) Broadcast by radio, film, cinema, television, or any other means of dissemination created or to be created in the future.
- c) Fixation on a material format capable of recording sounds, images, or image and sound by any means or form.

For its part, Article 1 of Decree 124/2009 from the Ministry of Justice and Human Rights of the Presidency of the Nation acknowledges DAC as the representative of Argentine and foreign film directors and their successors to receive and manage the remuneration expected by Law No. 11,723 and its amendments for:

- a) Any exploitation, use, or interactively making available to the public.
- b) Communication to the public - in any form - of the works fixed in recordings or other audiovisual formats.

It is important to consider Article 2 of Law 11,723 when interpreting the provisions mentioned above:

Article 2: The author of a scientific, literary, or artistic work has the right to control its distribution, publication, performance, public

display, translation, and adaptation, and to authorize its translation and reproduction in any form.

Finally, the audiovisual producer must negotiate the assignment of exploitation rights with the management entities mentioned above, as these exclusive rights, recognized by the Law, are subject to compulsory collective management. The negotiation is based on contract models defined by the societies, including the authors' inalienable right to remuneration. Besides, the audiovisual production contract models require users to pay the management entities a set rate for each use of the works.

4. REGIONAL EXPERIENCE IN MANAGING DIGITAL RIGHTS THROUGH A ONE - STOP SHOP

In this region, there are three approaches to managing digital usage rights. In Brazil, the management of these rights for public communication, including digital usage, is handled by ECAD²⁶. ECAD is the central office responsible for collecting and distributing royalties, which was created by Law 5.988/73 in 1973 and became operational in 1977. This Law was updated in 1998²⁷ by Law 9610 and covers copyright legislation. ECAD consists of ABRAMUS, AMAR, ASSIM, SBACEM, SICAM, SOCINPRO, and UBC.

In Mexico, a joint entity called EMMACSACM handles the management of digital usage. This joint shop was established in 2009 by the Sociedad de

26. More information at: <https://www4.ecad.org.br/>

27. Available at: <https://bit.ly/462Motq>

Autores y Compositores Mexicanos (SACM) and the Editores Mexicanos de Música (EMMAC) to license, collect, and distribute royalties for digital rights. EMMACSACM aims to address the platforms' need to obtain licenses for using musical works under a single management and a centralized location²⁸.

Music management entities in the other regional countries are members of LATINAUTOR, a one-stop shop that licenses and collects royalties for music usage on digital platforms. This has made it a significant regional hub for negotiating licenses for musical works in the digital field²⁹, with major agreements in platforms like Spotify, Deezer, Claro, Google Play, YouTube, among others.

The countries covered by LATINAUTOR³⁰ include Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, the Dominican Republic, Panama, Paraguay, Peru, Venezuela and Uruguay.

4.1. Statistical Data on Digital Rights Management

According to the CISAC 2022³¹ Global Collections Report, Latin America and the Caribbean's copyright revenues have reached €368 million in 2021.

28. More information at: <http://www.emmacsacm.com.mx/EMMAC/Index>

29. De Freitas Straumann, E. (2020). *LATINAUTOR. Los licenciamientos regionales. El rol de las entidades de gestión colectiva manteniendo su jurisdicción en el territorio nacional*. Legal Notebooks. Institute Autor. p.374.

30. De Freitas Straumann, E. Op. Cit. p.375

31. Available at: <https://bit.ly/45IIIwZ>

Of this amount, €141 million corresponds to digital rights, accounting for 38.4% of the region's total collections. Brazil, Mexico, and Argentina are the top three contributors to this figure. In Mexico, digital revenues comprise two-thirds of their total revenues and have more than doubled in Argentina.

The numbers experienced a surge following the pandemic.

The CISAC 2023 Report on Global Collections³² revealed that rights collected within the region during 2022 experienced a surge of 61.1%, compared to the previous year, reaching a total of 612 million euros.

Of that number, within the Latin American region, income generated from digital uses experienced a growth of 64.4%, reaching 232 million euros. This represents a nearly threefold increase over 2019, propelling the digital sector to surpass broadcasting rights and become the primary source of revenue in Latin America and the Caribbean.³³

The growth of digital rights management in the region can be attributed to factors that have played a crucial role, such as (i) the initiative of management entities to establish themselves as a one-stop shop for an expedited and centralized licensing service for digital platforms and (ii) the presence in the region of significant online content distribution services like Spotify, Netflix, YouTube, Google Play, Amazon Music, Deezer, Amazon Prime Video, HBO GO; and social networks, like Facebook (including its additional services:

32. CISAC. Report on Global Collections 2023. Available at: <https://bit.ly/40loEis>

33. CISAC. Report on Global Collections 2023. Available at: Op. Cit.

Instagram, Messenger, WhatsApp, among others). These platforms compete with national platforms such as Globo Play and Claro Música, which also offer services in countries of the region.

According to the report on the Latin American music market presented at the WIPO Committee on Copyright and Related Rights' 41st session from June 28 to July 1, 2021, this region has experienced the quickest and most significant growth in revenue from the music industry. Additionally, it is the fastest-growing region in terms of streaming rates, and where Spanish-speaking artists are prominently featured on streaming and YouTube charts³⁴.

34. Cobo, Leila (2021). *El mercado de la música en América Latina*. WIPO. Available at: <https://bit.ly/3P3gfeg>