



Propriété des enregistrements sonores institutionnels

Eric Harbeson

Médiathécaire musique et collections spécialisées
Université du Colorado à Boulder
Boulder, Colorado, Etats-Unis

Traduction :

Nadia Pazolis-Gabriel
Alliance Française de Washington, Etats-Unis
E-mail : nadpaz3[at]gmail.com

Session:

**148 — Copyright law and legal deposit for audiovisual materials —
Audiovisual and multimedia with Law Libraries**

Résumé :

Les établissements d'enseignement supérieur américains produisent quantités d'enregistrements sous copyright. Leurs missions éducatives comprennent naturellement la production de nombreux enregistrements de concerts et de récitals par le corps enseignant, les étudiants, ou des artistes invités. Selon l'équipement, les ressources et la politique en place, les institutions ont une production potentielle de centaines d'enregistrements sur un semestre. Cependant, il existe un flou juridique autour de la possibilité qu'ont les établissements d'enseignement supérieur à utiliser ces documents sonores produits au sein de leur institution. Les questions juridiques autour de la propriété des enregistrements sont particulièrement obscures, nous les examinerons ici. Cet article se penche sur des enregistrements effectués avant le 15 février 1972 (protégés par les lois de chacun des 50 états) aussi bien que sur les enregistrements effectués après cette date (régis par la loi fédérale), avec une attention particulière portée aux circonstances dans lesquelles l'institution peut être considérée comme co-auteur.

Introduction

Le spectacle vivant dans les universités américaines constitue une production importante de documents enregistrés sous copyright. Dans le cadre de leur mission éducative, les universités produisent des concerts d'orchestres universitaires, des groupes, des chœurs, des récitals par les personnels enseignants, les étudiants, et autres artistes invités. Selon l'université, ses locaux, ses ressources et la politique en

place, tout ou partie de ces événements sont enregistrés, d'où des centaines d'enregistrements potentiels chaque semestre¹.

Les enregistrements représentent un éventail impressionnant de production musicale. De par la nature de l'environnement universitaire et les motivations pour explorer des idées et des œuvres jusque là inconnues ou peu appréciées, il est fort probable que nombre des enregistrements de spectacles et de concerts n'existent nulle part ailleurs². Cela concerne notamment les compositions d'étudiants et d'enseignants associés à l'institution, jouées pour la première fois lors de ces événements, et souvent jamais enregistrées à nouveau par la suite. De plus, des milliers de musiciens sortent des universités chaque année, dont beaucoup poursuivent une illustre carrière et dont les premiers enregistrements s'avéreront utiles pour les chercheurs en pédagogie musicale³ ou pratique de la musique⁴, ou ceux qui étudient la carrière d'un certain artiste-interprète ou enseignant. Les enregistrements de ces institutions offrent une trace inestimable des débuts d'artistes qui comptent parmi les plus grands du 20^{ème} siècle.

Ces enregistrements, que nous appelleront « Enregistrements sonores institutionnels », ou ESI, se retrouvent inévitablement (on l'espère !) sur les étagères d'une bibliothèque, très souvent dans les fonds musicaux ou des arts du spectacle de l'institution en question. Mais ce que ces bibliothèques peuvent et ne peuvent pas faire avec les enregistrements est souvent source de confusion. Dans la communauté des médiathécaires musique, les listes de diffusion comportent souvent des messages demandant des conseils sur divers aspects des productions universitaires. A cause du flou juridique autour de ces enregistrements, ceux-ci sont souvent laissés de côté. Ils n'en restent pas moins uniques et, par ailleurs, en danger, puisque les médias de captation sont fréquemment instables. Certains supports, comme les disques shellac, vieillissent bien mais se détériorent à chaque lecture ; d'autres, comme le compact disque (CD), ne s'abîment pas à l'usage mais sont chimiquement instables. Parce qu'ils sont uniques, ces enregistrements méritent bien plus d'attention que celle qui semble leur être donnée actuellement.

L'un des problèmes capitaux autour de l'utilisation par les bibliothèques des ESI est la question de la propriété. Dans les cas où l'institution s'avère être propriétaire, la bibliothèque n'est pas confrontée à des obstacles considérables pour utiliser les enregistrements. Mais si l'institution n'est pas propriétaire, ou bien s'il y a un doute sur la propriété, l'identité du ou des propriétaires potentiels sera une information nécessaire au moment où la permission sera requise pour un usage donné. Pour les enregistrements produits aujourd'hui, la propriété est régie par le droit fédéral, quoique la façon dont les lois déterminent la propriété de l'ESI ne soit pas claire. La propriété du copyright des documents sonores est d'autant plus compliquée qu'il n'y avait pas de copyright fédéral pour les documents sonores aux Etats-Unis avant 1972⁵, et quand le copyright a été disponible, il n'a pas été étendu rétroactivement au niveau fédéral⁶.

¹ Par exemple, la Jacobs School of Music de l'Indiana University présente 738 concerts sur son calendrier pour la première moitié de 2011 seulement (1^{er} janvier-30 juin). Information trouvée en août 2011 sur la page des événements de la Jacobs School, disponible sur <http://music.indiana.edu/events/>.

² Les producteurs d'enregistrements commerciaux sont contraints de ne produire que ce qui aura un retour commercial. Des concerts par des musiciens professionnels peuvent inclure nombre des œuvres en question, mais les arrangements contractuels lors de la production du concert requièrent souvent que les enregistrements ne soient pas disponibles au public, même si en général les enregistrements sont faits « dans un but d'archivage ».

³ On peut par exemple imaginer l'étude de différentes écoles de pensées en musique tonale, avec l'évolution et l'influence de la Cleveland School et son jeu des timbales, en se penchant sur des enregistrements des premiers étudiants à Cleveland et ceux d'autres étudiants qui exercent une influence croissante ailleurs dans le pays.

⁴ Par exemple, une étude des décisions éditoriales lors de l'interprétation d'un répertoire classique, où l'on s'adapte fréquemment aux instruments modernes et leurs possibilités d'apporter autre chose.

⁵ Plus précisément le 15 février 1972. *Sound Recordings Act*, Pub. L. No 92-140, 85 Stat. 39 (1971)

⁶ 17 U.S.C. § 301(c) (pour les enregistrements sonores avant le 15 février 1972, le droit de préemption fédérale ne s'appliquera que le 15 février 2007).

Ainsi, les documents enregistrés avant 1972 sont protégés au niveau de l'état et relèvent du droit pénal ou civil relatif aux enregistrements, ou bien d'une variété de théories juridiques dont le copyright de *common law* [droit d'auteur coutumier], la concurrence déloyale et le détournement, la conversion, le droit à la protection de la personnalité, ou encore la distribution non-autorisée⁷. La propriété, en théorie, varie selon l'action en justice intentée.

Enregistrements pré-1972

Parce que la loi fédérale ne s'applique pas aux documents enregistrés avant le 15 février 1972, la propriété de ces enregistrements varie d'état à état. Sur les 50 états et le District of Columbia, tous sauf deux ont une forme quelconque de droit pénal régissant les enregistrements sonores⁸, et parmi les autres états, sept seulement appliquent ces lois à l'activité non commerciale⁹. Cela ne signifie cependant pas que les bibliothèques ne doivent pas se préoccuper de l'usage non-commercial des ESI quand ils se trouvent dans l'un des 42 états restants, puisque l'absence de droit pénal en vigueur laisse le champ libre à la responsabilité sous le droit civil, et dans presque tous les autres états la responsabilité civile n'est pas définie par la loi¹⁰. D'autre part, dans les états qui ont des lois pénales, la définition de « propriétaire » est souvent ambiguë. Il en résulte que la responsabilité que porte la plupart des bibliothèques dans l'usage des ESI serait déterminée par des tribunaux basés sur n'importe quelle théorie du *common law* et sur d'éventuels précédents.

Des définitions de la propriété sous le droit pénal, même si elles ne sont pas directement applicables en procès civil, peuvent quand même être utiles, parce qu'un tribunal peut les prendre en compte en l'absence de précédents. Les lois varient d'état à état, mais nombre de définitions de la propriété dans ces états sont soit très similaires, soit exactement identiques à celles d'autres états. Treize états définissent la propriété des droits des enregistrements sonores comme la personne à qui appartient la matrice physique sur laquelle le son a été originellement fixé¹¹. Même si cette notion de propriété intellectuelle crée ses propres problèmes, comme la question de savoir s'il y a un propriétaire quand la matrice a été détruite, les ESI issus de bibliothèques institutionnelles constituent dans de nombreux cas l'enregistrement original conformément à la définition légale ; l'institution elle-même devient alors « propriétaire », en supposant que le tribunal adopte la même définition en procès civil.

⁷ Programme de l'Université Américaine sur la Justice de l'Information et la Propriété Intellectuelle (PIJIP), *Protection for Pre-1972 Sound Recordings under State Law and its Impact on Use by Nonprofit Institutions: a 10-State Analysis*, Council on Library and Information Resources, Publication n. 146 (septembre 2009), accessible sur <http://www.loc.gov/rr/record/nrpb/pub146.pdf>.

⁸ Seuls l'Indiana et le Vermont n'ont pas de clause pénale. United States Copyright Office, *Survey of State Criminal Laws for Pre-1972 Sound Recordings*. Accessible sur <http://www.copyright.gov/docs/sound/pre-72-report.pdf>

⁹ Seuls l'Alabama, la Géorgie, l'Iowa, le Minnesota, le Nebraska, et le Rhode Island ont adopté des lois relatives au droit de copie d'enregistrements qui sont potentiellement applicables à une activité non commerciale. *Survey of State Criminal Laws, ibid.*

¹⁰ La seule exception est la Californie, qui reconnaît la propriété des enregistrements sonores, mais qui ne définit pas la notion d'« auteur », ni ne précise quels recours sont accessibles au plaignant.

¹¹ Ces états sont le Connecticut (Conn. Gen. Stat. Ann. § 53-142b (a)), la Géorgie (Ga. Code Ann. § 16-8-60), Hawaï (Haw. Rev. Stat. Ann. § 482c-1), l'Illinois (720 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/16-7(b)(2)), le Maine (Me. Rev. Stat. Ann. tit. 10 §1261-3), le Massachussets (Mass. Gen. Laws Ann. ch. 266 §143), le Minnesota (Minn. Stat. Ann. § 325E.17), le Mississippi (Miss. Code Ann. §97-23-87(1)(b)), le Nebraska (Neb. Rev. Stat. Ann. § 28-1323), le Nevada (Nev. Rev. Stat. Ann. § 205.217), l'Oklahoma (Okla. Stat. Ann. tit. 21 § 1975), la Pennsylvanie (18 Pa. Cons. Stat. Ann. § 4116(a)), et le Rhode Island (R.I. Gen. Laws. § 6-13.1-15). De plus, la définition du District of Columbia inclut des termes qui peuvent être interprétés comme exprimant le même principe.

Les états américains restants définissent la propriété du point de vue du propriétaire des sons inclus sur la matrice¹². Ce langage est plus ambigu mais il n'est pas sans rappeler les lois fédérales, où la notion de propriétaire distinguera propriété *intellectuelle* et propriété *physique*. Malheureusement, la définition de « propriétaire » reste ouverte, puisqu'aucune des législations ne définit ce que recouvre la propriété intellectuelle, et il semble donc qu'ils s'en remettent au *common law* pour résoudre les conflits liés à la propriété originelle.

Dans onze états, la définition de la propriété en droit pénal va plus loin et inclut une alternative en « la personne qui possède les droits d'enregistrer ou d'autoriser l'enregistrement de spectacle vivant¹³. » Dans les états en question, quand l'enregistrement est fait sous leurs auspices, comme un enregistrement fait dans les locaux mêmes de l'institution, celle-ci, en tant qu'agent autorisé à enregistrer, pourra soutenir qu'elle est le propriétaire légitime, ou au moins le copropriétaire, de l'enregistrement en question.

En cas d'impasse juridique, le tribunal s'en remet aux principes du *common law* tels qu'ils sont établis dans l'état. Selon l'état, la propriété peut inclure celui qui possède la matrice physique, ou bien peut suivre une théorie de la loi sur la propriété intellectuelle issue du droit fédéral, prenant en compte tout contrat en cause, la manière dont chaque partie envisage la propriété quand l'enregistrement a été fixé, la nature des contributions des dites parties, ainsi que d'autres facteurs qui seront détaillés plus loin.

Le lien entre les propriétés intellectuelle et physique n'est plus utilisé dans la plupart des lois sur la propriété intellectuelle à cause de la préemption fédérale. Il a tout de même été utilisé dans le passé par des tribunaux d'état au moment de déterminer la propriété d'œuvres non publiées et autres documents relevant de leur compétence, dont les fameux enregistrements sonores d'avant 1972. Le précédent le plus connu de lien entre propriété et média physique sous le *common law* est peut-être le procès de Pushman contre la New York Geographic Society¹⁴. La plus haute instance de New York y a jugé que, dans le cas de copyright de tableaux sous le *common law*, « un artiste, s'il veut conserver ou protéger le droit de reproduction, doit réserver ce droit au moment où il vend le tableau. » Le copyright de *common law* n'est pas exactement le même lorsqu'il s'agit d'enregistrements, puisque traditionnellement le droit de *common law* concerne les œuvres qui n'ont pas été publiées, et qui ne sont donc pas largement distribuées comme le sont les enregistrements commerciaux¹⁵. Cependant, en ce qui concerne les ESI, comme on l'a évoqué plus haut, dans la plupart voire tous les cas, les ESI dans les bibliothèques sont des exemplaires unique d'un enregistrement donné, ou bien constituent souvent l'enregistrement « matrice », en accord avec presque toutes les définitions du mot. Comme le tableau dans le procès Pullman, ils s'avèrent être d'uniques manifestations de l'œuvre incarnée d'un auteur (l'enregistrement), et donc un tribunal pourrait former une analogie avec les principes établis dans l'affaire Pushman.

¹² Les phrases les plus souvent utilisées sont : "*the person who owns the original fixation of sounds embodied in the master...*" [« la personne qui possède la fixation de sons originale sur la matrice ... »] (17 états) et "*the person who owns the sounds fixed in the master...*" [« la personne qui possède les sons fixés sur la matrice ... »] (12 états)

¹³ Ala. Code 1975 §13A-8-80. Les états sont l'Alabama, l'Arizona, l'Arkansas, la Floride, l'Illinois, le Kansas, le New-Jersey, New York, la Caroline du Nord, le Rhode Island, et la Virginie.

¹⁴ 287 N.Y. 302 (N.Y., 1942). La principale décision dans l'affaire Pushman a été réaffirmée par la même cour dans l'affaire Greenfield contre Phyllis Records, Inc., 98 N.Y. 2d 562 (2002)

¹⁵ Avant celui de Pushman, le procès de Ingram contre Bowers, 57F 2s. 65 (2d Cir., 1932), de niveau fédéral, est parfois évoqué dans le contexte des enregistrements sonores de par une déclaration similaire, disant que le copyright d'un enregistrement, s'il y en a un, « était inclus dans les matrices ... et se transmettait en même temps que la propriété. » Malheureusement, cette affaire n'est pas vraiment utilisable puisqu'elle concernait un contrat dans lequel Enrique Caruso avait explicitement accordé « tous les droits » à la société d'enregistrement. Il n'était pas nécessaire de décider qui était le propriétaire initial de l'enregistrement ; tous les droits qu'aurait pu avoir M. Caruso avaient été transférés par contrat.

En plus de s'aider des lois fédérales, il est aussi possible que le langage utilisé dans les traités éclaire un tribunal d'état lors d'une décision. Citons la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes, un traité signé par les Etats-Unis en 1971. Le traité accorde des droits d'enregistrement au « producteur de phonogramme », qu'il définit comme la personne physique ou morale qui « la première, fixe les sons provenant d'une exécution ou d'autres sons. » Puisque la personne qui fixe les sons est l'ingénieur du son, et la personne morale qui emploie l'ingénieur dans le cas d'enregistrements institutionnels est en général l'institution, celle-ci pourrait soutenir que d'après cette définition, c'est elle qui détient les droits intellectuels de l'enregistrement¹⁶.

Il vaut la peine de mentionner une exception à la règle selon laquelle les enregistrements d'avant 1972 dépendent des lois d'état. En 1994, le Congrès vote les accords « Uruguay Round Agreements Act » qui, entre autre, ramènent des enregistrements d'avant 1972 produits hors des Etats-Unis sous la protection fédérale du copyright¹⁷. Il paraît peu probable que le Congrès ait eu l'intention de faire appliquer cette loi aux enregistrements produits à l'intérieur des Etats-Unis. Cependant, les conditions requises sont rédigées de telle sorte qu'un étudiant qui est un ressortissant étranger semble pouvoir être concerné¹⁸. Dans les cas où l'enregistrement est fait par cet étudiant, les lois d'état seraient sans objet puisqu'elles seraient supplantées par la loi fédérale. Dans la plupart des cas, la loi fédérale s'appliquerait comme discuté ci-dessous. Cependant, en raison des délais plus courts pour les enregistrements sonores dans beaucoup de pays, certains enregistrements peuvent se voir « restaurer » leur copyright, et donc faire partie du domaine public dans le pays source (dans notre exemple, le pays d'origine de l'étudiant), entraînant l'entrée dans le domaine public fédéral. La loi est ambiguë lorsqu'il s'agit de déterminer si une œuvre dont les droits ont été restaurés et dont le délai fédéral a expiré peut à nouveau être couverte sous la loi d'état ; des affaires récentes laissent penser que ceci est improbable¹⁹.

Enregistrements depuis 1972

Les enregistrements effectués à partir du 15 février 1972 sont sujets à la loi fédérale, et le copyright est octroyé à « l'auteur ou les auteurs de l'œuvre », où les co-auteurs bénéficient de manière égale du copyright sur leur œuvre²⁰. Malheureusement, la loi ne définit pas le terme d' « auteur », rendant ambiguë

¹⁶ L'état du Delaware s'avère être le seul à se référer au traité dans ses lois pénales. Del. C. § 920(a) (stipulant que le transfert de sons enregistrés est une infraction de classe G, « à condition que le domicile ou le lieu de travail du dit propriétaire se trouve dans un pays signataire du [traité]. »)

¹⁷ Bureau américain du copyright, *Federal Copyright Protection for Pre-1972 Sound Recordings, a Report of the Register of Copyrights* (Washington, DC, Décembre 2011) p. 18. Disponible sur <http://www.copyright.gov/docs/sound/pre-72-report.pdf>. Voir 17 U.S.C 104A

¹⁸ Voir 17 U.S.C. § 104(h)(6) (définition des œuvres dont les droits sont restaurés. En résumé, les conditions sont que l'œuvre ne soit pas dans le domaine public dans le pays source, que l'œuvre ne soit pas « dans le domaine public aux Etats-Unis en raison de ... l'absence de protection dans le cas précis d'enregistrements sonores fixés avant le 15 février 1972 », et qu'au moins un des détenteurs de droits soit citoyen ou résident du pays membre du traité sur les phonogrammes de l'OMPI.)

¹⁹ Voir le procès de Golan contre Holder (565 U.S. ____ (2012)) (Soutenant que la restauration du copyright ne viole pas l'obligation constitutionnelle de « temps limité » parce qu' « une période d'exclusivité doit commencer avant de se terminer. » Dans la discussion actuelle, le délai aurait commencé avant de se terminer ; par extension, aucune autre protection sous la loi d'état ne devrait être disponible une fois que la loi fédérale a été appliquée.)

²⁰ 17 U.S.C. § 201(a)

la question de qui peut revendiquer la propriété²¹. A de rares exceptions près, les enregistrements sont forcément collaboratifs, impliquant diverses combinaisons, au minimum, d'interprètes, de producteurs, et de techniciens (par exemple des ingénieurs du son)²². Des exemples courants d'ESI comprennent des représentations par des solistes (souvent avec accompagnement), des ensembles de musique de chambre (de petits ensembles, en général de 3 à 8 artistes, chacun ayant un rôle différent), ou de grands ensembles (des chœurs, des orchestres, des ensembles à vents ou des ensembles de jazz), avec un nombre d'artistes allant de 1 à (dans les cas extrêmes) plus de mille²³. La principale tâche pour déterminer la propriété d'un enregistrement pour le copyright fédéral est donc de trouver quels acteurs peuvent être qualifiés d'« auteurs ». Les bibliothèques qui possèdent des fonds d'ESI ont tout intérêt à ce que l'institution soit au moins co-auteur, puisque tout les auteurs de l'œuvre sont considérés copropriétaires du copyright²⁴. Sous la loi américaine, tout les copropriétaires, qu'ils soient un ou mille, peuvent exercer leurs droits de copyright pleins et entiers sur l'œuvre, de manière indépendante et ce sans consulter les autres auteurs, à la seule condition de rendre compte des bénéfices obtenus²⁵. La question de la paternité est donc d'extrême importance pour les ESI.

L'absence de définition de l'auteur dans le Copyright Act n'est en général pas problématique quand la paternité est clairement unique, mais elle devient très problématique si une ou plusieurs parties essaient de revendiquer la copropriété de l'œuvre d'un autre. La loi définit bien les œuvres de co-auteurs comme « une ou des œuvres préparées par deux auteurs ou plus dans l'intention de fusionner leurs contributions en parties inséparables et interdépendantes d'un tout²⁶. » Cette définition présente trois éléments, chacun devant être respecté pour qu'une œuvre soit celle de co-auteurs : Premièrement, il doit y avoir plus d'un seul auteur ; deuxièmement, les auteurs, en créant cette œuvre, doivent avoir eu l'intention de fusionner leurs contributions pour ne former qu'une seule œuvre ; et troisièmement, les contributions de chacun des auteurs doivent être les parties inséparables et interdépendantes du tout. La jurisprudence a permis de préciser ces obligations. Le précédent le plus important semble être le procès de Childress contre Taylor, dans lequel la Cour d'Appel du *Second Circuit* [deuxième juridiction américaine] a jugé que, pour que l'œuvre soit considérée comme l'œuvre de co-auteurs, la contribution de chaque auteur doit elle-même être soumise au copyright²⁷, et les auteurs doivent avoir décidé d'être co-auteurs au moment de la création de l'œuvre²⁸.

²¹ Voir Marshall W. Woody, "Comment: the Collaborative Calamity: Moving Joint Authorship Analysis Toward Statutory Uniformity." *UMKC Law Review* 80: 514. (« La définition légale d' "auteur" brille par son absence dans la section "définitions" de la Loi » (en référence à 17 U.S.C. § 101))

²² Une exception pourrait être un artiste solo qui produit sa propre représentation et s'occupe personnellement de l'installation et du maniement des équipements utilisés pour l'enregistrement.

²³ Par exemple, la Symphonie n°8 de Gustav Mahler est aussi appelée « Symphonie des Mille », et même si Mahler lui-même n'a pas rassemblé mille musiciens, les représentations modernes le prennent parfois au pied de la lettre.

²⁴ 17 U.S.C. § 201(a)

²⁵ H. R. Rep. No. 94-1476 p.21 (1976). "Sous cet acte, comme sous la loi actuelle, les copropriétaires de copyright seraient traités généralement comme propriétaires en commun, avec chacun un droit indépendant d'utiliser ou d'autoriser l'exploitation d'une œuvre, et ils sont soumis à l'obligation de rendre compte aux autres copropriétaires de tout bénéfices.

²⁶ 17 U.S.C. § 101

²⁷ Cette notion n'a pas été sans débat. Nimmer et Patry s'en sont tout les deux pris à cette décision, argumentant que des éléments non soumis au copyright peuvent néanmoins être décisifs lors de la création d'une œuvre (une personne peut générer l'idée par exemple). Voir Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright* § 6.07. Une opinion contraire existe à la Cour d'Appel du *7th Circuit* [septième juridiction américaine], évoquant le cas d'œuvres utilisant différents médias, où des contributeurs d'idées et autres documents non soumis au copyright peuvent être co-auteurs. Voir Gaiman contre McFarlane 360 F.3d 644, 652 (7th Cir, 2004), et Teresa Huang, « Annual Review 2005 : Part II : Entertainment Law And New Media: V. Copyright In Entertainment Law and New

Le fait de prendre en compte l'obligation qu'une contribution soit individuellement « copyrightable » pour garantir la paternité a fait dire aux tribunaux que, dans de nombreux cas, ce n'est pas en soi suffisamment limitatif, attribuant la paternité à des acteurs que le Congrès n'aurait probablement jamais envisagé d'inclure, comme des rédacteurs, des costumiers, ou des consultants²⁹. Au procès Childress, le tribunal a indiqué que l'importance des responsabilités d'un contributeur dans la prise de décisions est un facteur important pour décider si ce contributeur peut être considéré comme « auteur ». Dans le procès de Aalmuhammed contre Lee, la Cour d'Appel du *Ninth Circuit* [neuvième juridiction américaine] était d'accord, jugeant que, en plus de la définition suggérée dans l'affaire Childress, l'auteur est celui qui « supervise un travail en exerçant un contrôle ... ou le cerveau inventif qui crée, ou qui assure le bon déroulement de l'idée³⁰. » De plus, le tribunal a déclaré que pour qu'il y ait des coauteurs, la popularité qu'a l'œuvre auprès du public doit dépendre des contributions des deux auteurs³¹.

L'obligation qu'ont les auteurs d'avoir l'intention d'être co-auteurs (ce qui est plus précis que la simple intention de contribuer à une œuvre comme spécifié dans la loi) a été décidée dans plusieurs jugements comme étant la référence pour déterminer s'il y a co-paternité ou pas dans une œuvre³². Dans les affaires Childress et Aalmuhammed, les tribunaux ont jugé que, en l'absence de contrat, la co-paternité requiert qu'il y ait ce que la Cour d'Appel du *Ninth Circuit* a appelé « des manifestations objectives d'une intention partagée d'être co-auteurs. » Des exemples de ce qu'un collaborateur considère comme des contributions peut inclure « comment un collaborateur se considère par rapport à l'œuvre en ce qui concerne publicité et remerciements, prise de décision, et droit de faire partie d'un contrat³³. » Il y a peu ou pas d'aide de la Cour Suprême en la matière, mais comme pratiquement tous les tribunaux ont plus ou moins approuvé le double test de l'affaire Childress, elle s'avère pour l'instant décisive³⁴.

La troisième obligation, que les contributions soient inséparables ou interdépendantes, précise que l'intention ne soit pas juste de créer une œuvre commune, mais que ces contributions soit réunies en une seule unité organique. Dans l'affaire Aalmuhammed, le tribunal a utilisé l'exemple de Gilbert et Sullivan, chacun ayant écrit des œuvres « copyrightables » (respectivement, paroles et musique) mais dont chacune des œuvres était prévue comme partie d'un produit unique, final (l'opérette). Par contre, si les ayants droit de Robert Frost décidaient aujourd'hui d'autoriser un compositeur à créer un cycle de chants basé sur les mots du poète, les ayants droit ne seraient vraisemblablement pas en mesure de se déclarer co-auteurs de la nouvelle œuvre, en l'absence d'un accord contraire écrit, puisque Frost a écrit le poème sans intention de l'inclure à un cycle de chants. Selon la loi, la définition d'une œuvre commune prévoit des contributions inséparables ou interdépendantes, inséparables parce que les contributions ne peuvent pas exister seules (le *House Report* [rapport de la Chambre] prend l'exemple d'un roman écrit

Media: A. Note And Brief: Gaiman v. McFarlane: The Right Step in Determining Joint Authorship for Copyrighted Material" *Berkeley Technological Law Journal* 20: 673 (2005)

²⁸ *Childress v. Taylor*, 945 F. 2d 500 (2d Cir., 1991)

²⁹ Voir par exemple *Thomson v. Larson*, 147 F. 3d 195 (2d Cir., 1998) (contribution du dramaturge jugée comme ne justifiant pas une co-paternité)

³⁰ *Aalmuhammed v. Lee*, 202 F. 3d., 1227 (9th Cir., 2000)

³¹ *Aalmuhammed v. Lee*, *supra*, citant *Edward B. Marks Music v. Jerry Vogel Music* 140 F. 2d 266 (2nd Cir. 1944)

³² *Thomson v. Larson*, *Childress v. Taylor*, *Aalmuhammed v. Lee*, et al.

³³ *Thomson v. Larson*, *supra*, p.201.

³⁴ Cet article n'a pas l'intention de préconiser un changement dans l'interprétation, mais la décision de l'affaire Childress n'a pas été sans controverse. Voir notamment *supra* note 28, et aussi Lior Zemer, "Symposium : Constitutional Challenges to Copyright : Is Intention to Co-Author an 'Uncertain Realm of Policy'?" *Columbia Journal of Law and the Arts* 30:611 (Spring, 2007) et Mary La France, "Authorship, Dominance, and the Captive Collaborator: Preserving the Rights of Joint Authors" *Emory Law Journal* 50: 193 (Winter, 2001).

conjointement³⁵), et interdépendantes parce que les contributions peuvent exister seules mais ont alors moins de sens (comme dans le cas de Gilbert et Sullivan).

Enregistrements depuis 1972 : synthèse

Compte tenu de cette discussion, à qui appartiennent les ESI fixés après 1972 ? Il y a visiblement plusieurs pièces mobiles qui peuvent influencer une décision de justice, dont beaucoup dépendront des faits individuels de l'affaire. Le United States Copyright Office a déclaré que, pour tout enregistrement, les auteurs probables sont le(s) artiste-interprète(s), le(s) producteur(s), ou les deux³⁶. Au moins un autre prétendant à la paternité est l'ingénieur du son qui supervise la création d'un enregistrement sonore³⁷.

PRODUCTEURS ET TECHNICIENS

Dans la plupart sinon tout les cas, le « producteur » d'un ESI sera l'institution elle-même. Il est difficile de déterminer si, et dans quelles circonstances, la contribution d'une institution en tant que producteur la rend pour autant auteur, et la réponse à cette question variera selon les circonstances individuelles. Le Congrès a certainement prévu la paternité commune d'enregistrement sonore alors qu'il concevait le Copyright Act. Le *House Report* déclare que la paternité d'un enregistrement sonore est en règle générale partagée entre les artiste-interprètes et « le producteur responsable de la préparation de la session d'enregistrement, la capture et le traitement électronique du son, et la compilation qui en fait l'enregistrement sonore final. » En même temps, le rapport note que toute contribution par ce dernier n'est pas suffisamment significative pour constituer paternité ni même constituer un élément « copyrightable »³⁸. Une déposition devant le Congrès par la *Register of Copyright* [responsable du *Copyright Office*] implique que, au moins dans le cas d'enregistrement commercial, il y a présomption de paternité commune dans les contributions des parties autres que l'artiste-interprète³⁹, mais les enregistrements commerciaux impliquent en général des éléments importants de pré- et post-production (placement des micros, mixage) qui seront probablement moins présents dans un ESI typique. Une réclamation institutionnelle pour être co-auteur sous le Copyright Act dépendra donc de l'ampleur de sa participation dans la production de l'enregistrement. Cette participation peut prendre deux formes : la participation institutionnelle même, et la participation individuelle de ses employés selon la doctrine du *Work for Hire* [travail effectué par un employé dans le cadre de ses fonctions].

Pour qu'une réclamation institutionnelle de paternité passe la première partie du test de Childress, l'institution devra montrer qu'elle a apporté une contribution « copyrightable » à l'œuvre. Se contenter de préparer la session d'enregistrement et de fournir les ressources (lieu, matériel d'enregistrement) n'est probablement pas suffisant en soi⁴⁰. La réclamation de l'institution pour obtenir le copyright proviendra en général du travail de personnes employées par elle. Sous la doctrine du *Work for Hire*, les œuvres originales qui sont « préparées par [les employés] dans le cadre de [leur] emploi » sont, en l'absence

³⁵ H.R. Rep. 94-1476 p.157 (1976)

³⁶ United States Copyright Office, *Federal Copyright Protection*, p.140. « Selon la loi fédérale, le propriétaire de l'enregistrement sonore sera généralement, en premier lieu, le ou les artiste-interprète(s) dont la représentation est enregistrée, le producteur de l'enregistrement, ou les deux. »

³⁷ Nimmer, *supra*, § 2.10[A][2b]

³⁸ H.R. Rep. 94-1476 p.56 (1976)

³⁹ *Work Made For Hire and Copyright Corrections Act of 2000: Hearings on H.R. 5107, before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property, Committee on the Judiciary, 106th Cong. (2000)* (déclaration de Marybeth Peters, la *Register of Copyrights*). (« En general, un enregistrement sonore commercial sera l'œuvre d'une paternité commune par un nombre de contributeurs. »)

⁴⁰ Voir *Forward v. Thorogood* 985 F.2d 604 (1st Cir., 1993) (préparer une session d'enregistrement ne créer pas la propriété d'un enregistrement), et *Feist Publications v. Rural Telephone Service*, 449 US 340 (rejetant « la sueur du front » comme base pour le droit au copyright).

d'accord écrit au contraire, la propriété de l'employeur⁴¹. Dans le cas des ESI, ces contributions proviendront soit du corps enseignant, soit des ingénieurs du son.

Les contributions du corps enseignant existent sous diverses formes, qui peuvent toutes être considérées comme effectuées dans le cadre de leurs fonctions. Un employé peut, par exemple, jouer dans un récital solo, conseiller un ou plusieurs étudiants dans la préparation de leurs récitals, ou être le chef d'orchestre de cet ensemble. Le rôle de conseiller de l'étudiant ne répond pas à l'obligation de « supervision » comme déterminé dans l'affaire Aalmuhammed - l'étudiant peut, au moment de la représentation, accepter ou pas les suggestions proposées. Par contre, le récital solo ou avec d'autres enseignants accorderait paternité à l'enseignant, comme discuté plus loin, et cette paternité pourrait être transmise à l'institution en tant que *Work for Hire*, même si ce statut sera compromis par la politique de l'établissement sur la propriété du copyright, comme discuté plus loin⁴². De même, un enseignant à la tête d'un grand ensemble tel un orchestre ou un chœur le fait en général dans le cadre de ses fonctions. Dans ce cas, l'institution peut largement prétendre être auteur *per se*, puisque l'ensemble est auteur autant que chef d'orchestre, et que l'ensemble est un produit de l'institution⁴³.

L'autre personne par qui une institution pourrait revendiquer une contribution « copyrightable » est le technicien du son, dont Nimmer compare la contribution à celle d'un photographe qui « capture et traite photographiquement des images de lumière. »⁴⁴ L'artiste-interprète d'un enregistrement sonore est le propriétaire présumé d'une représentation de par le *common law*, mais la représentation elle-même n'est pas soumise à copyright, sauf dans des cas où la représentation a été enregistrée illégalement⁴⁵. L'enregistrement lui-même ne peut pas survivre sous une forme tangible sans la contribution d'un ingénieur du son, et le travail de l'ingénieur ne vaut rien sans le travail de l'artiste-interprète. Puisque l'enregistrement sonore est composé de ces deux éléments (représentation et production) qui sont interdépendants, il s'en suit que l'œuvre peut prétendre à un statut d'œuvre commune. Cependant, pour démontrer qu'une production est « copyrightable », l'ingénieur (ou l'institution qui l'emploie) devra démontrer qu'il a fourni le « minimum de travail intellectuel » requis pour le copyright⁴⁶. Se contenter d'appuyer sur un bouton pour démarrer et arrêter une session d'enregistrement ne suffira probablement pas, mais le pré- et post-traitement devrait convenir parfaitement.

L'autre obligation que doit remplir une institution dans le cadre de l'affaire Childress est celle de l'intention d'être co-auteur. Dans l'affaire Aalmuhammed, le tribunal a indiqué une nette préférence pour un contrat⁴⁷. Certaines institutions peuvent exiger, comme condition d'emploi ou d'inscription, des accords concernant les droits de l'institution sur les enregistrements et autres documents produits avec les

⁴¹ 17 U.S.C. § 201(b) ; voir aussi définition du « work made for hire » 17 U.S.C § 101

⁴² De plus, les professeurs d'université sont, par tradition, généralement exemptés de la doctrine du Work for Hire, en raison des articles et conférences qu'ils produisent (bien que ceci ne soit en fait qu'une application de la *common law*), et on peut dire que d'une certaine façon le récital d'un enseignant équivaut à un document écrit produit par les enseignants non musiciens. Voir Corynne McSherry, *Who Owns Academic Work ? Battling for control of intellectual property* (Cambridge, MA : Harvard U.P., 2001), chapitre 3.

⁴³ Voir par exemple l'affaire *Waring v. SDAS Broadcasting Station*. 327 Pa. 433, 442 (Pa., 1937) (« La majeure partie du mérite pour le travail de l'orchestre revient probablement ... [au] chef d'orchestre, mais la représentation est celle de l'orchestre ... et représente un talent et un effort collectif ... [aucun] d'entre eux ne peut revendiquer un droit de propriété individuel dans cette production composite. C'est la corporation ... qui est seule habilitée à affirmer et appliquer un droit de propriété sur son interprétation. »)

⁴⁴ *Nimmer, supra* § 2.10[A]2b

⁴⁵ 17 U.S.C. § 1101 (Fournissant des voies de recours civiles contre l'enregistrement pirate). Voir aussi 18 U.S.C. § 2319A, rendant disponibles des sanctions pénales dans le cas d'usage commercial d'enregistrements pirates.

⁴⁶ *Feist Publications v. Rural Telephone Service*, 449 US 340, citant *Nimmer, supra* § 1.06[C][1].

⁴⁷ *Aalmuhammed v. Lee, supra*.

ressources de l'université. Il n'est pas rare de voir ce que l'on appelle fréquemment une *Copyright Ownership Policies* [politique sur la propriété de copyright] qui régit la nature des relations entre l'institution et ses constituants. Dans de nombreux cas, cette politique renonce explicitement à toute propriété sur les documents - l'Université de Californie par exemple attribue tous les droits sur des travaux étudiants « au créateur » (l'étudiant)⁴⁸. Une politique qui mentionne l'intention de l'institution d'être co-auteur dans des cas où elle peut démontrer une contribution « copyrightable » satisfait certainement le critère d'intention de l'affaire Childress. En l'absence d'une telle déclaration, l'institution peut revendiquer la paternité commune si elle a fait connaître son intention par d'autres moyens, comme la publicité sur des programmes de concerts (« Le Département de Musique de l'Université Untel présente ... »), des labels d'enregistrement et autres sur le produit fini⁴⁹.

ARTISTE-INTERPRETES

Dans le cas des ESI, les artiste-interprètes sont normalement des étudiants ou enseignants de l'institution. Bien que ce ne soit discuté dans aucune loi, le tribunal dans l'affaire Childress a reconnu le concept d'« auteur dominant », un contributeur dont le travail est si présent dans la collaboration que la seule question restante est de savoir si cette personne est le seul auteur de l'œuvre. Le tribunal a déclaré qu'« il faut faire attention à ne pas prendre le risque qu'un auteur seul se voit refuser l'exclusive paternité simplement parce qu'une autre personne apporte une quelconque assistance⁵⁰. » Dans le domaine des ESI (et même de tous les enregistrements), l'artiste-interprète est celui qui peut prétendre le plus à être l'auteur dominant, puisque sa représentation est une condition *sine qua non* de l'enregistrement. L'exemple du récital de fin d'études d'un pianiste - où la représentation live d'un seul artiste est enregistrée - est probablement l'exemple le plus probant. Dans le cadre de l'affaire Childress, il est difficile d'imaginer une situation où le pianiste de notre exemple n'est pas l'auteur de l'œuvre enregistrée finale. La représentation, une fois fixée, est clairement l'expression « copyrightable » à laquelle contribue complètement l'artiste-interprète. Celui-ci, dont la représentation est souvent prise en compte pour l'obtention du diplôme, aura certainement exprimé l'intention d'en être auteur, ce qui peut être largement démontré, entre autre, par l'annonce du solo sur le programme du récital. De plus, compte tenu de l'affaire Aal Muhammed, la popularité auprès du public (si tant est qu'il y en ait eu un) portera normalement entièrement sur la contribution de l'artiste-interprète solo. Dans de tels cas, l'artiste-interprète sera au moins co-auteur, et très probablement le seul auteur. Les calculs sont plus complexes quand d'autres artiste-interprètes sont présents. La plupart des récitalistes (en tout cas les instrumentistes autre que claviers) utiliseront un accompagnateur (parfois personnel ou enseignant de l'université dans le cadre de ses fonctions), et très souvent de multiples artiste-interprètes seront présents pour la musique de chambre. Puisque peu de récitals impliquent un contrat stipulant qui est considéré comme l'auteur dans le cadre de la représentation, il faudrait qu'un tribunal évalue les contributions respectives de chacun. En règle générale, l'accompagnateur n'aurait probablement pas l'intention requise d'être co-auteur dans le récital, bien que sa contribution soit importante. De même, lorsque la représentation a lieu dans le cadre d'un grand concert de fin d'année, l'étudiant pourrait être considéré comme « auteur » en termes de copyright. Cependant, un tribunal pourrait alors attribuer une paternité commune si l'artiste-interprète peut démontrer son intention - par exemple, le programme du concert n'isolait pas le récitaliste solo et le listait côte à côte avec l'accompagnateur. Du point de vue de la bibliothèque de l'institution, la présence de co-auteurs multiples peut être un avantage, puisque n'importe lequel de ces co-auteurs seraient à même d'autoriser un usage quelconque des enregistrements.

Il a déjà été question de la notion d'auteur dans les grands ensembles, mais il vaut la peine de répéter que, dans ces cas-là, les artiste-interprètes individuels ne peuvent pas prétendre au statut d'auteur à l'exception

⁴⁸ University of California Policy on Copyright Ownership, August 19, 1992. Disponible sur <http://www.ucop.edu/ucophome/coordrev/policy/8-19-92att.html>

⁴⁹ Thomson v. Larsen, *supra*.

⁵⁰ Childress v. Taylor, *supra*, p.202

du chef d'orchestre, et, éventuellement, d'artistes qui jouent en tant que solistes vedettes (dans un concerto par exemple). Au moins un tribunal a conclu que la représentation de tels ensembles constitue une paternité collective, plutôt que personnelle ; dans un tel cas, l'institution est donc probablement seul auteur. Cependant, même dans les cas où la paternité collective n'est pas avérée, le chef d'orchestre est le seul à exercer, comme dans le test Aalmuhammed, une supervision suffisante pour être considéré comme auteur. Dans ce cas, l'institution continuera probablement à être au moins copropriétaire de l'enregistrement, soit comme co-auteur (parce que la représentation fait de toutes façons partie du programme universitaire de l'ensemble, ou bien à cause de la paternité collective), soit seul auteur, en tant que propriétaire de la contribution du chef d'orchestre et de par la doctrine du *work for hire*⁵¹.

REMARQUES FINALES ET CONCLUSION

Il faut ajouter deux points à cette discussion. Premièrement, cet article n'a pas pris en compte la possibilité qu'un ou plusieurs auteurs de l'enregistrement ait pu, par contrat ou autre instrument juridique (par exemple un testament), transférer tout ou partie de ses intérêts à des héritiers ou à d'autres parties. Les ESI remontent potentiellement jusqu'à la moitié des années 1930, il est donc bien possible que des droits sur des enregistrements aient été transmis sur plus d'une génération. Il peut donc y avoir de multiples détenteurs de droits ayant auparavant appartenus à une seule personne. Deuxièmement, le véritable travail dans un enregistrement sonore - en général la musique - est aussi soumis au copyright, ajoutant une couche supplémentaire de complexité qu'il faut prendre en compte.

Établir la propriété est la première étape pour déterminer ce que les bibliothèques peuvent faire avec leurs ESI, et c'en est une cruciale. Il y a beaucoup d'autres sources de confusion qui mériteraient d'être étudiées au bénéfice de tous ces enregistrements dont la valeur est inestimable, mais nous espérons que cette étude contribue un tant soit peu à les démystifier.

⁵¹ Parce que ces enregistrements font souvent partie du cursus universitaire, et parce que de nombreux artiste-interprètes sont présents, le cas d'un enseignant qui en conserve toute paternité semblerait bien différent et bien moins probable que les circonstances normales dans lesquelles un enseignant conserverait toute la paternité, que ce soit en vertu de la politique de l'école qui accorde la propriété de travaux personnels au corps enseignant ou bien en vertu d'une exemption *sui generis* de la paternité dans le cadre du *work for hire* mentionnée plus haut (*supra* note 43).