

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	60 (1941)
Artikel:	Quelques aspects nouveaux du droit d'auteur en matière d'utilisation publique de l'œuvre enregistrée
Autor:	Martin-Achard, Alexandre
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896299

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 05.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Quelques aspects nouveaux du droit d'auteur en matière d'utilisation publique de l'oeuvre enregistrée

Par le Dr. Alexandre Martin-Achard, Genève.

Introduction.

Jusqu'à l'apparition des moyens modernes de diffusion, la protection de l'auteur, en cas d'exécution publique de son oeuvre, ne soulevait pas de difficultés d'ordre juridique.

Mais au début du XXème siècle surgirent deux inventions qui bouleversèrent complètement la situation: ce fut d'abord la phonographie, puis, quelques années plus tard, la radiophonie.

La première, par le moyen du disque, fixe l'oeuvre sur une cire et en permet l'exécution répétée à l'aide d'instruments mécaniques, sans l'intervention nouvelle de l'exécutant.

La seconde permet une diffusion quasi illimitée de l'oeuvre.

La radiophonie a très vite fait usage du disque pour ses programmes, de telle sorte que les enregistrements ainsi joués ont atteint un auditoire considérable.

A première vue, les auteurs ne pourraient que se féliciter de ces moyens de diffusion de leurs œuvres. Sans doute, mais soit pour le gramophone, soit pour la radio-diffusion, il faut des enregistrements de tout premier ordre, qui donnent à l'auditeur l'illusion qu'il entend l'œuvre jouée directement au concert ou au spectacle; pour cela il faut des moyens mécaniques perfectionnés et une exécution irréprochable. Or, ce résultat ne dépend pas de l'auteur mais de tierces personnes: le fabricant de

disques, d'une part, l'artiste exécutant d'autre part, qui prétendent à des droits, et présentent des revendications.

Le fabricant de disques estime que le seul prix d'achat du disque ne saurait être considéré comme une prestation suffisante lorsqu'il y a utilisation publique du disque.

L'artiste exécutant pense lui aussi que le cachet qu'il reçoit pour son exécution n'est pas satisfaisant lorsque celle-ci est enregistrée et destinée à être jouée publiquement soit au gramophone, soit à la radio.

Ces revendications sont-elles justifiées ?

Si oui, dans quelle mesure et sous quelle forme juridique peut-on les satisfaire ?

Comment les concilier avec la protection de l'auteur ?

Telles sont les questions qui se posent actuellement à l'attention des milieux professionnels intéressés et dont la solution doit être recherchée par les juristes.

Les premiers concerts radiophoniques remontent à 1922—1923, mais ce n'est guère que depuis 1930 qu'à la suite de divers perfectionnements techniques, la radio a fait un usage important des disques pour ses programmes, soit postérieurement à la plupart des législations concernant la protection des œuvres littéraires et artistiques. Il n'est donc pas surprenant que les problèmes suscités par l'utilisation publique des enregistrements n'aient pas encore reçu leur solution définitive et que la législation et la jurisprudence cherchent encore leur voie.

Une littérature abondante est née de l'étude de ces problèmes et nous aurons l'occasion d'en parler au cours de notre travail.

Nous n'avons pas la prétention, dans les pages qui vont suivre, d'épuiser un sujet aussi complexe et délicat. Notre propos est plus limité: nous nous bornerons dans un premier chapitre, à exposer le point de vue du droit suisse, dans un second à discuter la question pour elle-même en examinant les revendications des parties en cause, et dans un troisième à conclure, en indiquant les solutions qui ont notre préférence pour résoudre les con-

flits que provoquent les différents modes d'utilisation publique du disque.

Chapitre I.

La législation et la jurisprudence suisses.

Avant d'examiner l'aspect juridique du problème au regard de la législation et de la jurisprudence, il est nécessaire de rappeler brièvement comment l'oeuvre peut être communiquée au public par les moyens modernes de reproduction:

L'exécutant chante ou joue au studio devant le micro et son exécution est diffusée par l'émetteur à ses abonnés.

L'exécution est enregistrée sur disque et le disque est joué au gramophone ou sur d'autres appareils analogues.

L'enregistrement est radiodiffusé par les émetteurs.

Une autre forme sui generis de l'enregistrement de l'oeuvre est le cinéma sonore.

Ces différents modes de communication de l'oeuvre intéressent l'auteur et l'artiste exécutant, et, selon les cas le fabricant de disques.

Quelle est la position juridique de chacun d'eux? C'est ce que nous allons rechercher maintenant.

A. L'auteur.

1. Notre loi sur la protection du droit d'auteur ne se rattache pas aux législations qui prévoient la „clause générale“ comme c'est le cas notamment pour la loi française.

L'article 12 de notre loi énumère les droits partiels qui sont garantis à l'auteur et qui sont:

1. le droit de reproduire l'oeuvre par n'importe quel procédé;
2. de vendre, mettre en vente ou mettre en circulation d'une autre manière des exemplaires de l'oeuvre;

3. de réciter, représenter, exécuter ou exhiber l'oeuvre publiquement;
4. d'exposer publiquement des exemplaires de l'oeuvre ou de livrer l'oeuvre à la publicité d'une autre manière tant que celle-ci n'est pas rendue publique.

Ces droits sont indépendants les uns des autres et l'article 9 proclame que, sauf convention contraire, le transfert de l'un d'eux n'implique pas le transfert des autres droits partiels.

Les droits d'auteur sont soumis à une importante restriction lorsqu'il s'agit d'une oeuvre musicale adaptée à des instruments servant à la reproduire mécaniquement. La loi prévoit, en effet, en ses articles 17 à 20 la licence obligatoire, c'est-à-dire l'obligation pour l'auteur de laisser adapter son oeuvre musicale à des instruments servant à l'exécuter mécaniquement, contre paiement d'une indemnité équitable, lorsqu'il a déjà donné une autorisation de ce genre.

En outre, l'article 21 prévoit que lorsqu'une oeuvre a été adaptée à des instruments mécaniques par suite d'une licence obligatoire ou aussi d'une licence volontaire, elle peut être exécutée publiquement au moyen des dits instruments.

Notre loi ne fait nulle part allusion aux procédés de communication de l'oeuvre par le moyen du disque ou de la radiodiffusion. Le premier texte qui intéresse la Suisse et qui parle de la radiodiffusion est l'article 11bis de la Convention de Berne du 9 septembre 1898 révisée à Rome en 1928, ratifiée par la Suisse le 14 août 1930, et conformément aux méthodes usuelles d'interprétation, ces dispositions s'appliquent comme droit national¹⁾. Voici le texte de l'article 11bis:

„Les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la communication de leurs oeuvres au public par la radiodiffusion.

¹⁾ Dr. J. Buser, „Radiorecht“, Zeitschrift f. Schweiz. Recht N. F. 51 p. 196.

Il appartient aux législations nationales des Pays de l'Union de régler les conditions d'exercice du droit visé à l'alinéa précédent, mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au Pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte ni au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente.“

Pourquoi la réserve de l'alinéa 2 de l'article précité ? Jaccottet²⁾ en donne l'explication :

„Cet article, dit-il, permet aux Etats de l'Union de sauvegarder l'intérêt public général quand il entre en conflit avec les droits particuliers des auteurs et leur accorde la faculté de limiter l'usage du droit exclusif de radiodiffusion de façon à empêcher tous les abus qui gêneraient les sociétés d'émission dans l'accomplissement de leur mission sociale.“

2. Comment l'auteur est-il protégé dans les différents cas de transmission de l'oeuvre au public par des moyens mécaniques ?

a) Le cas de l'exécution de l'oeuvre au micro par un exécutant pour être diffusée ensuite par l'émetteur n'a pas fait, à notre connaissance, l'objet d'une décision du Tribunal fédéral. Au surplus, le cas me paraît très clair et ne devoir prêter à aucune discussion. Qu'il s'agisse d'une oeuvre littéraire, dramatique ou musicale, on est en présence d'une exécution publique prévue à l'article 12 n° 3 de la loi sur le droit d'auteur. Par conséquent l'auteur est protégé et son consentement préalable doit être obtenu. Il peut réclamer les justes indemnités qui lui sont dues et le respect de son droit moral.

b) Qu'en est-il du disque joué publiquement sur un gramophone ?

²⁾ Georges Jaccottet, *Le droit d'auteur et les émissions radiophoniques*. 1935, p. 60.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur ce cas; il s'agissait d'une personne qui exploitait à Genève un café-brasserie où elle donnait journellement des concerts gratuits au moyen de disques de gramophone dont le son était amplifié par des appareils ad hoc. Les œuvres jouées appartenaient au répertoire de la Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM). Cette société, qui est aux droits des auteurs, réclama au cafetier le paiement des redevances usuelles en lui interdisant de continuer à faire entendre les dites œuvres. Le cafetier ayant passé outre fut assigné par la SACEM devant la Cour de Justice civile de Genève.

Celle-ci admit les conclusions de la SACEM. Elle estima que l'acheteur d'un disque avait le droit de l'utiliser pour son usage privé, mais qu'il n'était pas dispensé de payer un droit d'auteur s'il voulait le faire entendre au public³⁾.

Le Tribunal fédéral a infirmé la décision de la juridiction cantonale. Voici en substance comment il argumente⁴⁾:

Les disques de gramophone entrent dans la catégorie des instruments mécaniques servant à réciter ou à exécuter l'œuvre matériellement. Que l'enregistrement soit fait sur la base d'une licence obligatoire, en application des articles 17 ss. de la loi, ou qu'il s'agisse d'une licence volontaire, l'article 21 proclame le principe que l'œuvre ainsi adaptée à des instruments mécaniques peut être exécutée publiquement au moyen des dits instruments.

Ce droit qui est donné à l'adaptateur est transféré à l'acheteur du disque et l'auteur n'a aucun moyen de s'y opposer. Le Tribunal fédéral a ainsi proclamé le droit pour l'acquéreur du disque de le faire jouer publiquement

³⁾ Arrêt Cour de Justice de Genève, du 10 mars 1932, SACEM c. Steenworden, Semaine Judiciaire 1933, page 201.

⁴⁾ Arrêt Tribunal fédéral, SACEM/Steenworden, Rec. off. 59, 2, p. 331.

sans avoir à demander l'autorisation de l'auteur et sans lui payer davantage une indemnité.

Cet arrêt fit quelque bruit à l'époque⁵⁾. Nous aurons l'occasion d'y revenir au cours de notre exposé. Constatons d'ores et déjà que la décision prise par le Tribunal fédéral ne peut s'appliquer qu'à des enregistrements d'oeuvres musicales, le système de la licence obligatoire prévue aux articles 17 ss. de la loi n'ayant trait qu'à ces œuvres et non aux œuvres littéraires. Par conséquent, pour ces dernières, l'auteur qui donne l'autorisation d'enregistrer son œuvre conserve son droit sur l'exécution publique de celle-ci par le moyen du gramophone ou de toute autre façon.

c) Quelques mois plus tard, le Tribunal fédéral fut appelé à trancher le cas de l'audition publique de l'œuvre par le moyen du film sonore⁶⁾.

Tout en maintenant le principe posé dans l'arrêt Steenworden, le Tribunal fédéral a toutefois reconnu les droits de l'auteur sur la partition musicale du film sonore.

Le Tribunal fédéral ne conteste pas la similitude entre le film sonore et le phonogramme. Le caractère mécanique du cinéma sonore est indéniable, dit-il, puisque dans la reproduction des sons il substitue la machine à la voix humaine ou à l'instrument tenu par l'homme. Mais la cinéphonie moderne s'est proposé pour objectif l'enregistrement et l'émission simultanée des sons et de l'image. Il y a dans les derniers perfectionnements relatifs à cette invention union parfaite, en quelque sorte naturelle, de l'image et des sons, qui fait du film sonore *lato sensu* un tout organique dont les différents éléments ne peuvent pas être arbitrairement dissociés. L'œuvre ainsi présentée ne peut être assimilée à un disque de gramophone.

⁵⁾ de Stoutz, Quelques considérations touchant la nouvelle jurisprudence du haut Tribunal fédéral sur le droit d'auteur en matière d'œuvres musicales exécutées par disques. 1933.

⁶⁾ Arrêt Tribunal fédéral Masse en flte. S.A. de l'Alhambra c. SACEM Rec. Off. 59, 2 p. 473.

Ce n'est pas une oeuvre musicale au sens strict mais une oeuvre artistique au sens large, analogue à une oeuvre dramatique ou à un opéra, et ceci est vrai que la partition musicale soit entièrement inédite ou composée en tout ou partie d'airs et de morceaux anciens.

Le film sonore lato sensu n'est donc pas soumis à la prescription de l'article 21 de la loi sur le droit d'auteur qui autorise l'exécution publique d'une oeuvre adaptée à des instruments mécaniques. Par conséquent l'exécution de cette oeuvre n'est pas libre. Au contraire, l'entreprise de cinéma qui veut présenter le film doit être autorisée par l'auteur et le cas échéant lui payer des droits d'exécution.

La différence de traitement entre le disque et le film sonore est frappante et peut surprendre. Elle n'a pas échappé au Tribunal fédéral qui a tenu à la justifier:

„Abstraction faite, dit-il, de la retransmission de disques par radio (procédé qui était à peu près inconnu en 1922 et au sujet duquel la question de l'article 21 L. f. reste entièrement ouverte) les disques de gramophone sont surtout destinés à l'exécution privée, tandis qu'au contraire les films cinématographiques et en tout cas les films cinéphoniques sont destinés au grand public, à l'égard duquel ils font concurrence aux représentations théâtrales et aux concerts assujettis au paiement des taxes d'exécution.

„Les acheteurs que l'article 21 a pour but de protéger ne sont pas les mêmes lorsqu'il s'agit de disques et lorsqu'il s'agit de films sonores: l'acheteur ou plutôt le preneur de films sonores est nécessairement une personne qui entend tirer profit de leur exécution publique; c'est même là son métier. Chez les acheteurs de disques, au contraire, cette intention n'existe qu'exceptionnellement et le profit qu'ils peuvent en tirer est le plus souvent indirect et toujours modeste (si l'on fait encore abstraction des studios de radiophonie, au sujet desquels la question reste entièrement ouverte, comme on vient de le dire).“

L'argumentation n'est pas absolument convaincante; s'il est vrai que les disques, à l'exception de l'usage qui en est fait par la radiodiffusion, sont principalement destinés à l'exécution privée, il est non moins évident qu'ils sont souvent utilisés publiquement dans un but de lucre; c'était précisément le cas du propriétaire de café-brasserie qui faisait jouer des disques pour l'agrément de sa clientèle, et cependant dans cette affaire le Tribunal fédéral a écarté les prétentions des auteurs sur le disque.

Il serait plus conforme à une juste conception du droit d'auteur de reconnaître la même protection dans tous les cas où il y a utilisation publique du disque à des fins commerciales.

d) Quelques années plus tard, en 1936, le Tribunal fédéral était appelé à trancher le cas très important de la radiodiffusion d'oeuvres enregistrées, dans un conflit qui opposait non pas les auteurs, mais des associations de fabricants de disques à une société de radiodiffusion⁷⁾.

Nous reviendrons plus longuement sur cet arrêt lorsque nous examinerons les droits du fabricant de disques et de l'exécutant.

Disons toutefois d'ores et déjà que, selon l'avis autorisé du Bureau de l'Union Internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques⁸⁾ le droit d'auteur qui a été reconnu au fabricant de disques par le Tribunal fédéral ne supprime en aucune façon le droit de l'auteur de l'œuvre qui subsiste conjointement à celui du fabricant. En d'autres termes, en Suisse, la radiodiffusion de disques doit être autorisée non seulement par le fabricant, mais encore par l'auteur et tous deux peuvent prétendre à percevoir des tantièmes de l'émetteur.

⁷⁾ Arrêt du 7 juillet 1936, Schweiz. Rundspruchges. et Radiogenossenschaft c. Turicaphon AG. et cons. Rec. Off. 62, 2 p. 243 — Journal des Tribunaux 1937, p. 41.

⁸⁾ Rapport de Gestion, cinquantième année, 1937 p. 8.

B. Le fabricant de disques et l'exécutant.

Comme nous l'avons déjà dit, la loi suisse ne parle pas expressément du phonogramme, mais le Message du Conseil Fédéral du 9 juillet 1918, lui, y fait allusion à propos de l'adaption d'une oeuvre musicale au moyen de l'intervention personnelle d'exécutants „lorsque, par exemple quelqu'un parle, chante, ou joue dans un phonographe“.

A cette époque, l'industrie autrefois florissante des boîtes à musique qui firent la gloire de Ste-Croix était à son déclin. Mais le législateur qui, dans la première loi fédérale concernant la propriété littéraire et artistique du 23 avril 1883, l'avait favorisée en prévoyant à l'article 11 n° 11, que la reproduction de compositions musicales par les boîtes à musique ou autres instruments analogues ne constituait pas une violation du droit d'auteur, n'a pas voulu supprimer cette protection dans la nouvelle loi mais bien l'étendre au phonogramme.

C'est l'article 4 alinéa 2 de la loi qui règle la protection de ce qu'on appelle l'oeuvre de seconde main, obtenue par l'adaptation de l'oeuvre musicale à des instruments mécaniques. En voici le texte:

„Lorsqu'une oeuvre littéraire ou musicale est adaptée par l'intervention personnelle d'exécutants à des instruments servant à la réciter ou à l'exécuter mécaniquement, cette adaptation constitue une reproduction protégée par la loi. Il en est de même de l'adaptation par le perforage, l'estampage, l'apposition de pointes ou par tout autre procédé analogue en tant qu'elle peut être envisagée comme une production artistique.“⁹⁾

La première phrase de cet alinéa vise le phonogramme, la seconde les boîtes à musique ou instruments analogues.

Remarquons que la loi se borne à prévoir la protection de l'oeuvre de seconde main, mais sans dire qui

⁹⁾ Message du Conseil Fédéral du 9 juillet 1918, p. 30.

bénéficie de la protection. Toutefois, l'article 4, en son dernier alinéa, réservant dans tous les cas, le droit du titulaire du droit d'auteur sur l'oeuvre originale, il paraît évident que le législateur a voulu accorder un droit à une autre personne. Mais à qui? Au fabricant de disques ou à l'exécutant? La question est délicate à trancher en l'absence de précision dans le texte de la loi.

Le Tribunal fédéral a été appelé à se prononcer dans l'arrêt Schweiz. Rundspruchges. u. Radiogenossenschaft c. Turicaphon¹⁰⁾ ¹¹⁾ ¹²⁾, dont nous avons déjà parlé.

Voici l'espèce:

Les demandeurs, associations de fabricants de disques, prétendaient se faire reconnaître un droit sur les disques de telle sorte que la défenderesse, la société de radio-diffusion, ne soit pas autorisée à jouer ou faire jouer à la radio les disques sans leur autorisation.

La Cour d'Appel du Canton de Berne avait admis que les droits sur l'oeuvre de seconde main n'appartenaient pas à l'artiste qui avait exécuté le morceau en vue de son enregistrement sur le disque, mais bien au fabricant, l'enregistrement étant traité dans la loi comme un instrument mécanique.

Il ne s'agit pas, à proprement parler, dit-elle, d'un droit d'auteur, mais d'une protection industrielle par le moyen détourné du droit d'auteur.

D'autre part, la Cour estimait que l'enregistrement d'un disque exige de la part du fabricant ou de son personnel des aptitudes artistiques tout comme la prise d'une

¹⁰⁾ Rec. Off. 62, 2 p. 243; Journal des Tribunaux 1937, p. 40 ss.

¹¹⁾ En ce qui concerne l'aspect international de la question cet arrêt a fait l'objet de commentaires dans un article de M. le Dr. F. Ostertag: Der Schutz auswärtiger Schallplatten in der Schweiz, Schweizerische Juristen-Zeitung, 15 juillet 1940, p. 21.

¹²⁾ On lira avec intérêt à propos de cet arrêt, le travail de Alfred Baum, Die Urteile in den Prozessen zwischen Rundfunk und Schallplattenindustrie und ihre Kritik, tirage à part de Geistiges Eigentum.

photographie qui, elle aussi est comprise dans le droit d'auteur. C'est donc au fabricant qu'elle a reconnu un droit sur le disque.

Le Tribunal fédéral n'a pas partagé cet avis. Après avoir admis que le disque de gramophone constituait une oeuvre de seconde main qui bénéficie de la protection accordée aux oeuvres originales, même si l'oeuvre enregistrée n'est pas protégée elle-même par le droit d'auteur, il a argumenté comme suit:

„S'il est vrai que l'enregistrement des disques, comme la prise de photographies, nécessite un certain sens artistique, sens nécessaire pour obtenir l'effet esthétique voulu, il n'en reste pas moins que le rôle de l'enregistreur de disques est surtout une activité technique; le côté artistique de la production est avant tout le fait de l'artiste qui interprète l'oeuvre originale. Donc, il est juste de conférer un droit d'auteur à l'artiste, sinon seul, du moins conjointement avec l'enregistreur du disque. Il n'y a pas là une construction juridique sans utilité; elle a, au contraire, une raison d'être pratique. L'artiste n'est pas tous les jours dans une bonne forme; il peut arriver même qu'une indisposition passagère se manifeste au cours d'un enregistrement; il peut avoir de la malchance lors de l'exécution. On ne saurait le mettre dans une situation qui l'oblige à consentir à ce que cette exécution malheureuse soit enregistrée et perpétuée par le disque. Il n'a évidemment pas le droit de se dédire de son obligation d'exécuter un nouveau morceau en vue de l'enregistrement convenu; mais il doit avoir le droit d'exiger, éventuellement à ses frais, une répétition de l'enregistrement, tout comme à l'égard d'un éditeur, l'auteur peut exiger que des corrections soient apportées à son oeuvre (art. 385 C. O.). Or, ce droit accordé à l'artiste suppose nécessairement qu'il est titulaire d'un droit d'auteur, sinon on ne comprendrait pas pourquoi l'artiste aurait la faculté d'agir ainsi“.

Rien dans la loi, estime le Tribunal fédéral, ne s'oppose à l'admission d'un droit d'auteur en faveur de l'artiste. Tout au contraire, dans les dispositions concernant l'oeuvre de seconde main, la loi met l'accent sur le caractère artistique que doit avoir la production pour être protégée, et les discussions aux Chambres confirment, selon le Tribunal fédéral, ce point de vue.

Par conséquent, et c'est sa conclusion, le droit accordé sur l'adaptation revient à l'exécutant. Mais, ce principe posé, le Tribunal fédéral déclare aussitôt que ce droit est transmissible comme tout autre et „qu'il est conforme à la nature des choses que sauf preuve contraire, il soit transféré au fabricant de disques en tant que ce transfert est nécessaire à leur écoulement.“

En dernière analyse, c'est donc bien le fabricant de disques qui détient le droit d'auteur sur le disque, et non l'exécutant.

Le Tribunal fédéral se demande ensuite si ce droit reconnu au fabricant passe à l'acquéreur du disque. C'est ce que soutenait la société de radiodiffusion en se référant à l'arrêt Steenworden dont nous avons parlé plus haut. Elle invoquait l'article 21 de la loi qui autorise l'exécution publique lorsque l'oeuvre musicale a été adaptée licitement à des instruments mécaniques.

A cela, le Tribunal fédéral a répondu négativement:

„La question qui se pose ici, dit-il, est de savoir si la notion de l'exécution publique du chiffre 3 de l'article 12, qui délimite l'étendue du droit d'auteur, est identique à celle de l'article 21. Pour répondre à cette question il faut se rappeler que lors de l'adoption de la loi de 1922, on ne pouvait prévoir l'énorme importance que prendrait le disque pour la téléphonie sans fil (v. par ex. Buser, Zeitschrift f. Schweiz. Recht, N. F. 51 p. 191a, 196a). On ne peut donc pas poser d'emblée en principe que la règle contenue à l'art. 21 de la l. f. s'applique au fait de jouer un disque à la t. s. f. Lorsqu'il se produit un nouvel état de choses,

présentant des particularités qui, d'après les principes généraux fixés dans une loi, exigent une réglementation spéciale, le juge doit, s'inspirant de l'art. 1 al. 2 C. C. appliquer les règles que le législateur aurait établies s'il avait prévu le cas. Il ne doit pas se faire l'esclave du texte de la loi quand cela conduirait à un résultat que le législateur ne peut avoir voulu. Une preuve qu'un régime spécial pour l'utilisation des disques à la radio n'est pas en contradiction avec les principes essentiels du droit suisse en matière de propriété artistique, réside dans le fait que la Suisse a adhéré à la disposition nouvelle de la Convention de Berne, l'article 11 bis introduit à la Conférence de Rome; cette disposition reconnaît à l'auteur d'une oeuvre le droit exclusif d'en autoriser la communication au public par la radiodiffusion, étant entendu que chaque loi nationale peut régler ce droit d'une façon propre. Donc il est loisible, en droit suisse, de faire dépendre l'utilisation d'un disque à la radio de conditions spéciales à ce mode d'exécution publique.“

En conclusion, le Tribunal fédéral reconnaît au fabricant un droit d'auteur, qui s'applique au cas d'utilisation publique par la radiodiffusion. L'émetteur a donc l'obligation de traiter avec le fabricant et aussi avec l'auteur, s'il veut diffuser le disque.

Nous sera-t-il permis de présenter quelques réflexions qui nous sont suggérées par cet arrêt, lequel présente par ailleurs un grand intérêt?

En 1918, lorsqu'a été présenté le projet de loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques (projet qui devait aboutir à la loi de 1922, laquelle a remplacé la loi fédérale du 23 avril 1883) a-t-on eu vraiment en vue une protection de l'exécutant?

On peut en douter.

En effet, la première loi sur la propriété littéraire et artistique de 1883, prévoyait en son article 11 une exception au droit d'auteur pour la reproduction de com-

positions musicales par les boîtes à musique ou autres instruments analogues. Cette exception était donc exclusivement en faveur du fabricant de boîtes à musique.

Il est vrai que la nouvelle loi de 1922 s'est inspirée de la loi allemande du 22 mai 1910, en partie tout au moins. Mais le texte de l'article 12 de la loi allemande est beaucoup plus précis que le nôtre et prévoit que lorsqu'il y a enregistrement d'une oeuvre, c'est l'interprète qui est considéré comme adaptateur. Alors que la loi suisse en son article 4 ne contient aucune précision à cet égard.

L'exposé des motifs prévoit les deux cas où il y a protection¹³⁾:

- a) celui où l'adaptation se fait au moyen de l'intervention personnelle des exécutants, c'est-à-dire le phonogramme;
- b) celui où l'adaptation se fait au moyen du perforage, de l'estampage ou autres procédés analogues, c'est-à-dire la boîte à musique.

Si, dans le premier des cas, le Message dit que c'est le travail individuel de l'exécutant qui est fixé par l'organe, il ne dit pas que l'exécutant bénéficie d'un droit d'auteur.

Il est vrai que le rapporteur de langue allemande au Conseil National, M. von Matt, expliquant la portée de l'article 3 al. 2 du projet (qui est devenu dans le texte définitif l'article 4 al. 2) a dit qu'on pouvait, selon lui, envisager un droit d'auteur sur les morceaux enregistrés et aussi en faveur de l'artiste qui les a joués¹⁴⁾. Il est vrai également que M. de Meuron, rapporteur français au Conseil des Etats a estimé que c'était le côté de virtuosité, d'exécution qu'on voulait protéger¹⁵⁾. Mais le

¹³⁾ Message du Conseil Fédéral, du 9 juillet 1918, p. 30—31.

¹⁴⁾ Bulletin Stén. Officiel (Conseil National) sept.-octobre 1920, p. 263.

¹⁵⁾ Bulletin Stén. Officiel (Conseil des Etats) sept.-octobre 1920, p. 369.

rapporteur de la Commission du Conseil des Etats, M. Wettstein, discutant cet article, a fait expressément allusion à la revendication des fabricants qui demandaient à recevoir une protection spéciale dans les cas visés au dit article, revendication qu'on estimait devoir accueillir^{16).}

En présence de ces opinions divergentes, les débats aux Chambres Fédérales n'apparaissent pas comme concluants en faveur de la thèse du Tribunal fédéral.

Si le législateur avait voulu donner un droit d'auteur à l'exécutant il l'aurait dit expressément. Il s'agissait d'une notion toute nouvelle qui aurait certainement fait l'objet d'une mention spéciale dans l'Exposé des Motifs et d'une discussion plus catégorique aux Chambres Fédérales.

Pour nous, ce qu'on a voulu, c'est étendre la protection qui avait déjà été prévue dans la première loi pour les boîtes à musique, à d'autres moyens de reproduction mécanique de l'oeuvre. Par conséquent, c'est bien au fabricant de ces nouveaux moyens mécaniques que cette protection devait profiter, et non à l'exécutant.

Remarquons au surplus, que le Tribunal fédéral arrive à la même conclusion mais par le moyen détourné d'une cession tacite des droits reconnus à l'artiste-exécutant en faveur du fabricant. Ne valait-il pas mieux, comme l'avait fait la Cour de Berne, reconnaître d'emblée un droit au fabricant en réservant entièrement la question des droits des exécutants, ceci d'autant plus que dans l'espèce jugée, ceux-ci n'étaient pas en cause et ne revendiquaient rien ?

Ce premier point liquidé, le Tribunal fédéral s'est évidemment trouvé en présence d'une difficulté pour reconnaître un droit au fabricant sur l'exécution publique du disque en dépit du texte formel de l'article 21 et de

¹⁶⁾ Bulletin Stén. Officiel (Conseil des Etats) sept.-octobre 1920, p. 368.

sa propre jurisprudence dans l'affaire Steenworden. Ainsi que nous l'avons relevé plus haut, il a invoqué la lacune de la loi en matière de radiodiffusion et il a fait oeuvre de législateur. C'est un point de vue qui peut certes se soutenir. Il a cependant suscité quelques critiques qui sont résumées dans l'ouvrage d'Audinet¹⁷⁾. Gilliéron¹⁸⁾ a préconisé une solution qui évite le recours à l'activité législative du juge, c'est de considérer la radiodiffusion comme une reproduction et non pas comme une exécution publique. „Toute difficulté eût été ainsi évitée car la reproduction demeure interdite sans aucune exception en dehors de l'autorisation de l'auteur“¹⁹⁾. Audinet a proposé une autre solution: „Considérer la radiodiffusion comme un moyen nouveau de communication au public, notion dégagée à la Conférence de Rome en 1928. L'application de l'article 21 serait alors automatiquement écartée“¹⁹⁾.

Chapitre II.

Les droits de l'auteur et les revendications des fabricants et des exécutants.

Après cet exposé du droit fédéral, nous devons considérer le problème pour lui-même, et chercher à lui donner une solution équitable, qui tienne compte, dans la mesure où elles sont fondées des revendications des trois groupements intéressés: auteurs, fabricants de disques, artistes-exécutants.

Pour cela, il est nécessaire de bien fixer leur position dans le débat afin de déterminer la protection juridique adéquate.

¹⁷⁾ Gérard Audinet, Les Conflits du disque et de la radiodiffusion en droit privé, p. 123.

¹⁸⁾ Ch. Gilliéron, Revue Internationale de la Radio, 1937, p. 13.

¹⁹⁾ Gérard Audinet, op. cit. p. 123 et 124.

A. L'auteur.

A notre avis, l'auteur a seul le droit de revendiquer le titre de créateur. Par conséquent, il a sur son oeuvre un droit de suite indiscutable, quel que soit le mode de reproduction ou d'exécution de celle-ci.

Point n'est besoin, selon nous, de trancher la question de savoir si le disque joué est une reproduction, une édition sonore, ou une exécution de l'oeuvre²⁰⁾. Chaque fois que, pour employer l'expression de l'article 11 bis de la Convention de Berne, il y a communication de l'oeuvre au public, il y a utilisation des droits qui appartiennent à l'auteur.

Les moyens modernes de reproduction et de diffusion de l'oeuvre ne doivent pas nuire aux droits de l'auteur, tout au contraire; si l'oeuvre est diffusée plus largement, l'auteur doit en retirer un avantage correspondant.

Ce sont sans doute ces raisons qui ont inspiré la Conférence de Rome lorsqu'elle a proclamé dans le nouvel article 11 bis de la Convention de Berne révisée, le droit exclusif pour les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques d'autoriser la communication de l'oeuvre au public par la radiodiffusion.

Remarquons en passant que la Convention de Berne dans cet article ne fait pas de distinction entre l'oeuvre littéraire et l'oeuvre musicale. Il faut l'approuver. Il n'y a pas de raison valable de prévoir un régime spécial pour les œuvres musicales comme l'a fait notre loi sur le droit d'auteur à propos de la licence obligatoire et de l'exécution publique de l'adaptation de l'oeuvre à des instruments mécaniques.

Comme on le sait, l'article 11 bis, dans son second alinéa autorise les législations nationales à régler les con-

²⁰⁾ Voir à ce sujet Gérard Audinet, op. cit. p. 58 et 59 où il cite l'opinion de François Hepp, lequel estime que le disque est une édition de l'oeuvre, et celle contraire de Fernand Haissly, qui la considère comme une exécution de l'oeuvre.

ditions d'exercice du droit d'auteur en matière de radio-diffusion, mais à condition que le droit moral et le droit à une rémunération équitable de l'auteur soient respectées. Il vaut la peine de s'y arrêter.

S'il s'agit de la radiodiffusion directe, ainsi que nous l'avons déjà dit, la question ne fait pas de doute: l'auteur doit bénéficier d'un droit complet et la diffusion ne peut se faire sans son autorisation. La question est tout autre selon nous, s'il s'agit de la radiodiffusion d'une oeuvre enregistrée. Les législations nationales doivent-elles reconnaître dans ce cas à l'auteur, un droit exclusif et complet, ou, profitant de la latitude que leur laisse l'alinéa 2 de l'article 11 bis de la Convention de Berne, limiter ses droits à une rémunération équitable et au respect de son droit moral, et ceci non seulement pour la radiodiffusion mais pour tous les modes d'utilisation publique de l'oeuvre enregistrée? Ne peut-on pas soutenir que l'auteur qui a autorisé l'enregistrement de son oeuvre l'a fait précisément pour que celle-ci soit jouée et par conséquent répandue le plus possible. L'intérêt général, qui entre également en considération, veut que le public bénéficie largement de l'enregistrement des œuvres musicales ou littéraires: c'est un élément important pour développer la culture et hausser le niveau intellectuel du peuple.

Ces considérations nous conduisent à admettre que la cession par l'auteur du droit de reproduction mécanique de l'oeuvre comporte également celui de la communiquer publiquement, et nous proposerions, de lege ferenda, de limiter dans ce cas le droit de l'auteur, à un droit pécuniaire et au respect de son droit moral.

Nous ne croyons pas par là trahir la cause des auteurs et nuire à la protection de leur oeuvre, dont nous sommes partisan convaincu. Nous pensons, au contraire, qu'en donnant le droit à l'acquéreur du disque de le jouer publiquement, nous favorisons l'auteur. Ce qui importe à ce dernier ce n'est pas que son oeuvre, une fois enregistrée, reste chez le marchand ou le fabricant, mais qu'elle

se vend et se joue le plus possible et lui rapporte, en contrepartie des avantages d'ordre matériel et moral.

B. Le fabricant.

La question est infiniment plus complexe, comme du reste celle de l'exécutant que nous examinerons dans le paragraphe suivant.

Le droit du fabricant sur le disque de gramophone a fait l'objet de nombreux travaux. Nous nous en voudrions de ne pas signaler l'un des plus récents, l'excellent ouvrage de M. Alfred du Pasquier, Juge à la Chambre des Tutelles à Genève²¹⁾. Nous y renvoyons nos lecteurs désireux d'approfondir le problème. M. Du Pasquier ne s'est pas contenté de faire une étude fouillée de la question, mais dans ses conclusions il a esquissé un projet de loi ou de convention internationale où il accorde aux fabricants de disques une protection juridique très étendue, en cas d'utilisation publique.

Résumons le débat selon le travail de M. Du Pasquier.

Au début des concerts radiophoniques de disques, les fabricants de disques, comme les auteurs, ont cru qu'ils constituaient pour eux un excellent moyen de propagande. Mais ensuite de l'utilisation toujours plus intensive des disques dans les programmes de radio, ils durent bien vite constater que cet état de chose provoquait la mévente des disques dans le public.

Comment remédier à cette situation ? Les juristes ont cherché par quel moyen on pourrait assurer la protection des fabricants :

On a parlé de concurrence déloyale, d'enrichissement illégitime, d'abus de droit. Mais il faut bien reconnaître qu'aucun de ces systèmes n'est satisfaisant. On a tenté d'imposer une clause d'interdiction de l'emploi du disque par la radiodiffusion, au moment de la vente du disque,

²¹⁾ Alfred Du Pasquier, *Le droit du fabricant sur les disques de gramophone*.

mais ce moyen n'a pas donné le résultat qu'on en attendait.

En présence du pillage de leurs disques, les représentants de l'industrie phonographique se sont constitués en une Fédération Internationale de l'Industrie Phonographique et lors de leur premier congrès à Rome en novembre 1933, ils ont voté un voeu tendant à prévoir dans la Convention de Berne pour la protection des droits d'auteur, une disposition assurant aux producteurs un contrôle et une équitable rémunération à l'occasion de toute utilisation industrielle à but lucratif du phonogramme par autrui.

Dans la suite, l'industrie phonographique a déclaré renoncer à faire assurer la protection des disques dans le cadre de la Convention de Berne et préférer une convention spéciale relative à l'industrie du gramophone où elle réclame un droit sur les disques à l'exclusion de toute autre personne même de l'auteur, droit qui lui permettrait de défendre la reproduction ou l'audition d'un disque sans autorisation et d'exiger par conséquent les redevances fixées par elle: en somme un droit d'auteur sous une autre forme.

Pour justifier leurs prétentions, les fabricants de disques font valoir que la destination primitive et normale du phonogramme est l'audition privée et qu'utiliser le disque à des fins publiques sans aucune indemnité supplémentaire heurte la justice et l'équité. Ils prétendent à la qualité de créateurs tout comme les auteurs.

Ils invoquent le travail considérable que demande la confection d'un disque. Ecouteons à ce sujet l'avis d'un spécialiste. Voici ce que dit François Hepp dans la revue „Musique et Instruments“ de février 1934²²⁾:

„Le public et même beaucoup de prétendus initiés savent mal ce que représente d'efforts d'imagination et d'invention tout à la fois scientifiques et artistiques,

²²⁾ Alfred Du Pasquier, op. cit. p. 24.

l'enregistrement correct d'un disque et sa reproduction. Le choix des interprètes, l'organisation des studios, choix des appareillages, maniement de ces appareillages etc. On ne peut pas nier que celui qui, après avoir pris parti sur toutes les questions qui se posent, a procuré l'enregistrement d'un disque ne soit véritablement le créateur du phonogramme qui en résulte."

A quoi les adversaires de cette thèse rétorquent que quelles que soient l'intelligence et l'habileté apportées à la confection d'un disque, on ne peut pas admettre que le fabricant ou ses collaborateurs ont créé une oeuvre nouvelle, qui soit comparable, par exemple à la mise au théâtre ou à l'écran d'une oeuvre littéraire. L'activité du fabricant de disques est selon eux, essentiellement technique.

On fait valoir encore en faveur de la protection des fabricants que la Convention de Berne protège les oeuvres de la photographie et l'on a comparé le disque avec la photographie; les analogies sont indiscutables. Le photographe ne crée rien de nouveau mais matérialise un beau sujet, tout comme le producteur de disques fixe dans la cire une belle oeuvre musicale ou littéraire en s'efforçant à la perfection de l'effet artistique.

Le débat continue et il n'est pas loin d'être épuisé, chacun des camps ayant de bonnes raisons à invoquer.

Nous reviendrons sur la question dans nos conclusions où nous traiterons à la fois de la protection du fabricant et de celle de l'exécutant.

Voyons maintenant rapidement quelle est la position de ce dernier.

C. L'exécutant.

La situation faite à l'artiste exécutant par les moyens modernes de communication mécanique de l'oeuvre est encore plus critique que celle du fabricant, lequel a du reste infiniment plus de moyens pour se défendre que l'artiste.

Déjà la vogue de la musique enregistrée avait lésé gravement une grande quantité d'artistes en provoquant une désaffection du public pour les spectacles en salle. Si les artistes exécutant des œuvres pour le disque trouvaient dans ce mode d'exécution un avantage certain, la situation s'est complètement modifiée pour eux, comme pour les autres artistes, depuis que la radiodiffusion a fait une place toujours plus large au disque dans ses émissions, privant ainsi quantité d'artistes des cachets qu'ils touchaient pour des émissions directes au studio. Enfin, et c'est une autre conséquence très grave pour l'exécutant, la radio en donnant jusqu'à la satiété les disques à succès, épouse très rapidement ce succès et provoque aussi souvent la désaffection du public pour un artiste qu'on avait jusqu'alors apprécié.

Et voici les artistes qui, à leur tour, émettent des prétentions. Ils voudraient qu'avant toute reproduction ou transmission ou enregistrement de leur interprétation par des moyens mécaniques, ils fussent consultés et donnent leur autorisation. Ils voudraient toucher une rémunération pour toute exécution artistique radiodiffusée ou jouée publiquement au gramophone et qu'on leur reconnaît aussi un droit moral, notamment celui de faire connaître leur nom lors de chaque exécution et que ce nom figure sur l'enregistrement; en somme ils réclament également un droit d'auteur.

La question a été excellemment exposée dans un rapport préparé par le Bureau International du Travail²³⁾ en vue de la Conférence Internationale du Travail qui devait se tenir à Genève en 1940.

Comment justifier en droit les revendications de l'artiste exécutant?

²³⁾ Les droits des exécutants en matière de radiodiffusion, de télévision et de reproduction mécanique des sons, Rapport A. pour la 26ème session Genève 1940. Bureau International du Travail.

On a soutenu plusieurs thèses:

„Le droit des exécutants serait un droit semblable au droit d'auteur, ou mieux, il ne serait qu'un des aspects du droit d'auteur. L'artiste, en interprétant une oeuvre, affirment les partisans de cette thèse, crée une oeuvre, empreinte de sa personnalité et qui a tous les caractères d'une création autonome. Sans doute se sert-il pour créer cette oeuvre, d'une matière déjà existante, celle de l'oeuvre primitive, mais il s'en sert un peu comme un peintre se sert d'un paysage naturel pour composer son tableau. Sa création a un caractère profondément original et possède par conséquent, tous les éléments des œuvres littéraires et artistiques que protège la Convention de Berne“²⁴⁾.

Le rapport du Bureau International du Travail qualifie lui-même cette thèse d'extrême et reconnaît qu'elle ne rencontre plus guère de partisans. Mais il se demande si l'on ne pourrait pas donner à l'artiste exécutant la qualité de collaborateur de l'auteur, ou tout au moins admettre qu'il est un remanieur, un adaptateur, de l'œuvre primitive. Rappelons que c'est théoriquement le point de vue du droit suisse, selon l'interprétation qu'en donne le Tribunal fédéral qui a admis que la protection de l'article 4 était, en principe, accordée à l'exécutant mais avec une cession tacite en faveur du fabricant.

Mais les auteurs se sont toujours regimbés contre les prétentions des exécutants de revendiquer une protection qu'ils estiment réservée au seul créateur de l'œuvre d'art. Ils ont contesté que l'artiste puisse même prétendre à la qualité d'adaptateur de l'œuvre primitive. Selon eux l'artiste reçoit un cachet pour sa production et ne peut pas réclamer autre chose.

On a cherché dans une autre direction et l'on a présenté une thèse toute nouvelle basée sur la notion du travail de l'artiste. Elle a été formulée dans un rapport

²⁴⁾ Rapport du Bureau International du Travail, op. cit.
p. 21.

de M. Piola-Caseli à la Commission de législation de la Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs, tenue à Rome en avril 1938²⁵⁾.

Autrefois, dit-on, l'artiste qui interprétait une oeuvre connaissait exactement son travail et le public auquel il était destiné. Il n'y avait aucune incertitude quelconque relativement à l'objet des stipulations contractuelles des deux parties. Mais, avec les nouvelles techniques de la radiophonie et de la phonographie, tout est bouleversé. Elles arrivent à ce résultat que l'interprétation de l'artiste peut être entendue par une foule d'auditeurs, indépendamment du public qui l'entend dans une salle de concert ou de spectacle, et d'autre part que son interprétation, une fois enregistrée devient un objet qui peut être utilisé par des tiers pour des auditions publiques.

L'honoraire payé à l'artiste pour son exécution constitue-t-il dans de tels cas une rémunération suffisante ?

Oui, répond-on, en faisant observer que le fait de chanter devant un micro ou pour l'enregistrement ne demande aucun effort supplémentaire.

Sans doute, réplique-t-on, mais on perd de vue que par le fait des nouveaux moyens mécaniques de communication de l'oeuvre, l'artiste qui, par son contrat, n'a cédé son travail qu'à une seule personne, ne peut empêcher des tiers de s'en servir. Il y a dans ce cas utilisation abusive de son exécution²⁶⁾ qui légitime une protection de l'artiste exécutant et l'autorise à réclamer autre chose et plus que son cachet.

D'autre part, on ne peut pas comparer le travail d'un ouvrier manuel à celui d'un artiste dont l'exécution est enregistrée. La rémunération du travail de l'ouvrier manuel est régi par la loi de l'offre et de la demande, tandis que pour l'artiste intervient un autre élément spécial: l'appréciation du public, laquelle n'est pas connue au moment

²⁵⁾ Rapport du Bureau International du Travail, op. cit. p. 26.

²⁶⁾ Rapport B. I. T. op. cit. p. 27.

où l'artiste chante ou déclame. L'artiste a un intérêt pri-mordial à la notorité, à la faveur du public, et par là on démontre la nécessité de lui donner une protection spé-ciale: le droit au nom, le droit au respect, en somme le droit moral.

Des tentatives de réglementation des droits de l'exé-cutant ont été faites sur la base de la Convention de Berne mais sans succès jusqu'à présent.

Lors de la Conférence de Revision de 1928 à Rome, l'Administration Italienne et le Bureau International de Berne avaient proposé d'introduire dans la Convention de Berne des clauses concernant les droits des artistes exécutants. Entre autres arguments ils faisaient valoir celui-ci:

„En autorisant la diffusion radiophonique de son exécution, l'artiste perd nécessairement une partie de ses auditeurs et spectateurs et il est juste que cette perte soit compensée²⁷⁾.“

Et plus loin:

„Il est incontestable que spécialement les disques de gramophone tirent leur valeur commerciale en grande partie de la renommée de l'artiste exécutant, en sorte qu'une protection de cette exécution fixée par le disque est d'une portée pratique considérable. Nous estimons que la législation devrait s'incliner devant cette néces-sité quand bien même, en théorie l'art fugitif d'un artiste exécutant semble difficilement comparable avec l'oeuvre d'un écrivain ou d'un peintre“.

La Conférence de Rome ne voulut pas suivre ces propositions et se borna à voter ce voeu:

„La Conférence émet le voeu que les gouverne-ments qui ont participé aux travaux de la Conférence, envisagent la possibilité de mesures destinées à sauve-garder les droits des artistes exécutants“²⁷⁾.

²⁷⁾ Rapport B. I. T. op. cit. p. 29 et 31.

La question fut reprise par l'Administration Belge et le Bureau International du Travail en vue de la Conférence de révision de la Convention de Berne qui devait avoir lieu à Bruxelles en 1936. Une proposition fut faite d'ajouter à la Convention de Berne un article 11 quater dont le texte serait le suivant:

„L'interprétation d'une oeuvre tombée ou non dans le domaine public est protégée dans des conditions à fixer par la législation interne de chaque pays de l'Union“^{28).}

Cette proposition fut diversement accueillie. Notons la réponse négative du Gouvernement Français:

„Le Gouvernement français persiste à penser que les interprètes et les exécutants ne sont point des créateurs d'oeuvres de l'esprit, et que la protection internationale qui leur est due — protection qui fait actuellement l'objet des études et des travaux du Bureau International du Travail de la Société des Nations — ne peut à aucun titre prendre place dans la Convention d'Union de Berne destinée à protéger les droits des créateurs d'oeuvres littéraires et artistiques. Il s'oppose donc à l'insertion dans la Convention d'Union, d'un texte tel que celui de l'article 11 quater, et propose le rejet de ce texte“^{28).}

La Conférence de Bruxelles n'eut pas lieu et la question en est là.

De son côté, le Bureau International du Travail a été nanti de la question par l'Union Internationale des Musiciens. Il s'est livré à une étude approfondie du sujet, qui a trouvé son expression dans le rapport dont nous avons déjà fait mention. On trouvera dans ce rapport un exposé complet de la législation et de la jurisprudence dans les différents pays. Nous y renvoyons nos lecteurs^{29).} Le pays qui nous a semblé aller le plus loin dans le sens de la protection des interprètes est la République Argen-

²⁸⁾ Rapport B. I. T. op. cit. p. 31 et 33.

²⁹⁾ Rapport B. I. T. op. cit. p. 41 à 68.

tine qui, dans une loi du 30 septembre 1933 a pris les dispositions suivantes:

Art. 56: L'interprète d'une oeuvre littéraire ou musicale a le droit d'exiger une rétribution pour son interprétation diffusée ou retransmise par la radiophonie, la télévision, ou bien gravée ou imprimée sur disque, pellicule, ruban, toile ou toute autre substance ou corps servant pour la reproduction sonore ou visuelle. S'il ne peut y avoir accord, le montant de la rétribution sera fixé dans un procès sommaire par l'autorité judiciaire compétente.

L'interprète d'une oeuvre littéraire ou musicale peut s'opposer à la divulgation de son interprétation lorsque la reproduction de celle-ci est faite sous une forme telle qu'elle peut causer un préjudice grave et injuste à ses intérêts artistiques.

Si l'exécution a été faite par un choeur ou un orchestre ce droit d'opposition appartient au chef du choeur ou de l'orchestre.

Sans préjudice du droit de propriété appartenant à l'auteur, une oeuvre exécutée ou représentée dans un théâtre ou dans une salle publique peut être diffusée ou retransmise par la radiophonie ou la télévision avec le seul consentement de l'organisateur du spectacle“.

On trouvera également dans ce rapport un compte-rendu de la session du Comité des Experts qui s'est tenue à Genève le 28 novembre 1938 et des conclusions et commentaires sur ses débats, accompagné d'un questionnaire adressé aux Gouvernements³⁰⁾. Toutes les questions qui peuvent surgir à propos de la protection des exécutants y sont traitées. Le rapport contient en annexe un avant-projet de convention internationale pour la protection des artistes, interprètes, ou exécutants d'oeuvres littéraires et artistiques. Cette convention accorderait aux interprètes les droits les plus étendus puisque l'article 7 prévoit que:

³⁰⁾ Rapport B. I. T. op. cit. p. 70 à 122.

„Les artistes interprètes et exécutants ont le droit de faire ou autoriser:

1. la reproduction, la transmission, l'adaptation et l'enregistrement de leurs interprétations ou exécutions par des moyens mécaniques, radioélectriques ou autres servant à reproduire ou à transmettre les sons ou les images, tels que le phonographe, le cinématographe muet, sonore et parlant, la radiodiffusion, la télégraphie ou la téléphonie avec ou sans fil, la télévision;
2. L'exécution publique et la représentation des dites interprétations ou exécutions reproduites, transmises, adaptées ou enregistrées“³¹⁾.

La convention reconnaîtrait en outre un droit moral à l'interprète, dans son article 9:

„Indépendamment des droits patrimoniaux et même après la cession des dits droits, l'artiste conserve le droit de revendiquer la paternité de l'interprétation et de l'exécution de l'œuvre, ainsi que le droit de s'opposer à toutes déformations, mutilations ou modifications quelconques de son interprétation ou exécution qui seraient préjudiciables à son honneur ou à sa renommée“.

Enfin, l'article 12 prévoit la création d'un office international qui porterait le titre de Bureau International de l'Union pour la protection des droits des artistes exécutants³²⁾.

Chapitre III.

Conclusions.

Comme on l'a vu par l'exposé que nous venons de faire, chacun des trois groupes intéressés présente des revendications qui, si une réglementation n'intervient pas, ne cesseront d'être une source de conflits regrettables.

³¹⁾ Rapport B. I. T. op. cit. p. 129.

³²⁾ Rapport B. I. T. op. cit. p. 130.

Le devoir du juriste est de rechercher une solution conforme à la nature des choses et qui donne à chacun son droit.

A notre avis, la situation peut se résumer comme suit:

L'auteur, nous l'avons déjà dit, peut seul prétendre au titre de créateur. Par conséquent il a un droit sur son oeuvre chaque fois qu'elle est communiquée au public.

Mais pour communiquer l'oeuvre au public par le moyen de l'enregistrement il faut la collaboration indispensable du fabricant et de l'exécutant qui ont donc avec l'auteur une étroite solidarité, même si dans cette communauté d'intérêts l'auteur occupe la place prépondérante.

Le législateur s'il veut faire oeuvre juste, ne peut pas ignorer cette collaboration et cette solidarité. S'il est vrai que sans l'auteur il n'y a pas d'oeuvre, il est non moins certain que si l'enregistrement n'est pas parfait et l'interprétation de premier ordre, l'oeuvre sera trahie. Le fabricant et l'exécutant collaborent au succès de l'oeuvre et partant à celui de l'auteur. Il serait facile de citer maints exemples d'enregistrement dont la vogue est due autant, si ce n'est plus, à l'interprète qu'à l'auteur.

A ce premier élément il faut en ajouter un second: le caractère de permanence, donné à l'oeuvre par l'enregistrement et ceci par le travail du fabricant et de l'exécutant. Cette permanence permet une diffusion quasi illimitée de l'oeuvre, d'où un avantage matériel et moral certain pour l'auteur, mais par ailleurs elle permet aux tiers d'utiliser cette valeur nouvelle et d'en tirer largement profit.

Enfin, un troisième élément qui a son importance aussi est l'impossibilité, au moment où l'oeuvre est enregistrée, de prévoir quelle sera l'importance de sa diffusion et par conséquent le profit qu'il sera possible d'en tirer.

Sur la base de ces considérations, ne peut-on pas admettre que le prix de vente du disque, le cachet de l'artiste, apparaissent comme des prestations insuffisantes lorsqu'il y a utilisation publique de l'enregistrement.

Donner à l'acquéreur du disque, notamment à l'émetteur, le droit d'en faire un usage public et d'en tirer

profit moyennant le seul prix d'achat du disque, a indiscutablement quelque chose de choquant.

Il est juste d'accorder au fabricant et à l'artiste exécutant, co-auteurs de l'enregistrement, une contre-partie.

Quelle est la nature du droit ainsi reconnu au fabricant et à l'artiste ? Est-ce un droit d'auteur ou un droit sui generis ?

La discussion nous paraît pratiquement vaine. L'important est de reconnaître un droit aux intéressés quitte à déterminer ensuite sa classification.

Pour nous, nous estimons que si, théoriquement, il ne s'agit pas d'un droit d'auteur — réservé au seul créateur — pratiquement, rien ne s'oppose à comprendre cette protection dans la législation sur le droit d'auteur où elle s'insérerait tout naturellement. Le droit positif a, en effet, déjà beaucoup élargi la notion de l'œuvre littéraire et artistique en protégeant en particulier les œuvres photographiques et les œuvres de seconde main.

D'autre part, il y a un intérêt pratique à ne pas multiplier les lois pour des matières en tous cas très voisines et c'est ce qu'a estimé avec raison le Bureau International de la Propriété Intellectuelle, en proposant lors de la Conférence de Révision de 1928 d'inclure dans la Convention de Berne la protection des artistes exécutants en matière de radiodiffusion et d'utilisation publique des disques^{33).}

En principe, nous aboutissons donc à la conclusion qu'il faut reconnaître la protection du fabricant et de l'exécutant, mais nous ne nous dissimulons pas combien il est difficile de concilier cette protection avec le principe que nous avons posé que la diffusion de l'œuvre par les moyens mécaniques ne doit pas préjudicier aux droits de l'auteur.

Nous avons admis au cours de notre exposé que l'auteur qui avait permis l'enregistrement de son œuvre avait par là autorisé son exécution publique et qu'il n'avait conservé qu'un droit pécuniaire et un droit moral. Il va sans dire que ce qui est vrai pour l'auteur l'est a fortiori pour le fabricant et l'exécutant. A notre avis les reven-

³³⁾ Rapport B. I. T. op. cit. p. 31.

dications de ces deux groupements vont infiniment trop loin lorsqu'ils prétendent bénéficier exclusivement ou conjointement d'un véritable droit d'auteur comportant notamment le droit d'autorisation, et lorsque les fabricants entendent réclamer un droit exclusif sur le disque moyennant paiement d'une indemnité équitable à l'auteur.

La solution juste est de reconnaître au fabricant et à l'artiste exécutant un droit moral et un droit pécuniaire, mais pas un droit d'autorisation.

Il est normal que le tiers — émetteur ou propriétaire de restaurant, brasserie, dancing etc., — qui par l'utilisation du disque économise ce qu'il aurait dû payer à des artistes ou musiciens, et qui a ainsi toujours sous la main des exécutions de premier ordre dans des genres très divers, paye, en contrepartie de ces avantages, une indemnité pour chaque utilisation publique du disque, telle la royauté pour la licence du brevet.

On pourrait différencier le droit du fabricant et de l'exécutant de celui de l'auteur en ce sens que ce dernier pourrait interdire l'utilisation de son oeuvre enregistrée tant qu'il n'y a pas accord ou décision de justice quant au montant de son indemnité, tandis que le fabricant et l'exécutant n'auraient droit qu'à un tantième après chaque utilisation publique du disque.

Il n'y a pas là contradiction avec la thèse que nous avons soutenue que l'autorisation d'enregistrer l'oeuvre comporte le droit de l'exécuter publiquement, mais il s'agit simplement d'une garantie donnée à l'auteur et qui se justifie étant donné la prépondérance de son apport dans la création de l'enregistrement.

On objectera, que c'est l'auteur qui fera les frais de l'opération et qui devra rétrocéder une partie de ses droits aux deux autres partenaires. Il y a là certainement un danger, mais il appartiendra au juge d'y parer puisque c'est lui qui, en cas de désaccord devra fixer le montant des indemnités. Dans son appréciation, il devra tenir compte du rôle prépondérant de l'auteur, mais aussi de

ce que le travail du fabricant et de l'artiste exécutant donne à l'auteur une possibilité d'accroissement de ses bénéfices.

Pourrait-on par avance et par le moyen d'une indemnité globale, satisfaire aux droits des fabricants et des exécutants ? On l'a proposé, tout au moins pour l'artiste. Un chiffre ainsi fixé aurait un caractère absolument arbitraire et par conséquent injuste et ce moyen ne nous paraît pas satisfaisant.

Qui supportera, en dernière analyse, ce supplément de droits ?

Pour la radiodiffusion, ce seront les abonnés, mais étant donné le nombre croissant des auditeurs cette augmentation sera peu sensible et elle trouvera sa justification dans la nécessité de satisfaire à de justes revendications.

Pour les autres cas d'utilisation publique des disques, joués au gramophone ou d'autres appareils, par des cafés, restaurants, hôtels, etc. les tiers qui, en donnant des concerts de disques font l'économie d'un orchestre ou d'un pianiste, peuvent faire le sacrifice de payer une redevance.

Reste encore une question à examiner: celle de la durée de la protection. Une distinction s'impose entre les droits de l'auteur et celui du fabricant et de l'artiste. La protection de l'oeuvre dure autant que la vie de l'auteur et 30 ans après sa mort, même 50 ans si, comme nous l'espérons, le projet déposé devant les Chambres est accepté. Il est certain qu'il ne se justifie pas d'accorder une telle durée de protection pour le fabricant et l'exécutant. Nous estimons qu'il serait amplement suffisant de fixer, pour eux, la durée de la protection à 10 ans à partir du jour où le disque a été mis dans le commerce.

Il est certain que les questions complexes que soulèvent les conflits de droit entre l'auteur, le fabricant et l'exécutant, d'une part, et entre eux et les émetteurs ou les personnes qui font usage public des enregistrements, seraient quasiment insolubles s'il fallait les traiter

avec chacun des intéressés personnellement. Mais la chose devient plus aisée si les intéressés sont groupés en associations. C'est déjà le cas pour les auteurs et les fabricants de disques et ces associations ont traité avec la Société Suisse de Radiodiffusion pour le paiement d'indemnités forfaitaires pour l'utilisation des disques à la radio. Une partie des indemnités versées aux fabricants de disques sont rétrocédées aux auteurs.

Les artistes exécutants, à notre connaissance, n'ont pas encore créé une telle association, mais la question est à l'ordre du jour. Cette création nous apparaît nécessaire pour les motifs déjà développés et aussi parce que c'est le seul moyen de résoudre une série de questions secondaires mais complexes, comme celle de la répartition des redevances lorsqu'il s'agit d'une interprétation collective par un orchestre, un choeur etc.³⁴⁾

*

En terminant cette modeste contribution à un problème très complexe et que nous sommes loin d'avoir épuisé, nous soulignons encore une fois les liens très étroits qui existent entre les personnes intéressées à sa solution. Ce serait une grave erreur que les groupements professionnels oublient dans leurs revendications ce caractère de solidarité. C'est au contraire en s'en inspirant que les uns et les autres, aidés par les juristes, trouveront une solution qui, par son caractère mesuré tiendra compte des revendications nouvelles sans léser les intérêts primordiaux des auteurs qui sont, et doivent rester les bénéficiaires prépondérants de la législation sur la propriété littéraire et artistique.

³⁴⁾ La loi argentine prévoit dans ce cas que le droit appartient au chef du choeur, ou de l'orchestre, et la loi italienne de 1928 que le % à toucher par les artistes exécutants à titre d'indemnité de radiodiffusion sont fixés d'accord avec l'organisme de radiodiffusion par l'impresario ou la société d'exploitation agissant au nom des ayants-droit. Rapport B. I. T. op. cit. p. 105 et 106.