

Vol. 20, n° 3

Coup d'œil furtif : 20 ans de droit d'auteur sur la scène internationale : bilan et perspectives

Victor Nabhan*

INTRODUCTION	797
1. FLUX	798
1.1 Droit d'auteur et commerce : les ADPIC	798
1.2 Droit d'auteur et technologie numérique : les traités WCT et WPPT (traités OMPI ou « traités Internet »)	801
2. REFLUX	803
2.1 Le contexte général auprès les ADPIC et les traités Internet : des lendemains qui ne chantent pas toujours	803
2.2 Manifestations du blocage au plan des projets d'instruments internationaux	804

© Victor Nabhan, 2008.

* Ancien professeur de l'Université Laval, consultant en droit d'auteur international et conseil chez Kimbrough et Associés.

2.2.1	Projet de traité concernant la protection des artistes interprètes pour leurs prestations fixées dans des œuvres audiovisuelles	804
2.2.2	Projet de traité concernant les organismes de radiodiffusion	805
CONCLUSION	806

INTRODUCTION

20 ans déjà. Pour une revue c'est aussi l'âge adulte. « Les Cahiers de Propriété Intellectuelle » peut se flatter d'avoir traversé cette période, naissance, enfance et adolescence, sans crise majeure. Enfant désiré, sa naissance n'a pas nécessité de recours au forceps. Les bonnes volontés n'ont pas manqué, il faut dire.

Mais aussi enfant sous étroite surveillance, appliqué, rompu à une discipline où le mot d'ordre tenait en un mot : qualité. C'est que les parents veillaient au grain : Ghislain Roussel, Stefan Martin, Laurent Carrière. Ils se sont tour à tour penchés comme une fée bienveillante sur sa destinée. Sans compter les nombreux cousins et cousines, tantes et oncles, parrains, proches ou lointains, de tous bords, tous horizons. Ils peuvent se réjouir du travail accompli : les résultats sont à la mesure de leurs ambitions. Leur progéniture a depuis belle lurette acquis sa vitesse de croisière. Elle vogue allègrement, à l'aise, sans complexe, confiante, dans un univers où se faire sa place au soleil ne va pas de soi. Et voilà qu'elle a atteint l'âge de la maturité !

L'occasion était belle, et a été saisie, de souligner ce passage. Et le rite de passage, cet instant fort, invite à mesurer le chemin accompli. Force est donc de se pencher sur le passé. C'est le temps de dresser le bilan : celui-ci est impressionnant et ne nécessite pas de longs discours. Les faits parlent d'eux-mêmes.

Mais en parallèle à ce bilan, pourquoi ne pas en évoquer un autre, celui du droit d'auteur dans l'arène internationale durant ces 20 dernières années ?

Le projet paraît ambitieux. Mais l'intention du signataire de cette note est plutôt modeste. L'heure est aux réjouissances m'a-t-on dit. Il ne s'agira donc pas d'infliger au lecteur un article – ah le vilain mot – ce « truc » indigeste, avec force références et notes de bas de pages. Non. Restons dans la légèreté et prenons de la hauteur. Ne nous encombrons pas de détails. Dégageons les grandes lignes, les

lignes de force, sans nous appesantir sur l'infiniment petit. Article ? Que nenni. « Coup d'œil » est le mot qui sied à cet exercice.

À cet égard, ces vingt années furent intenses. Le droit d'auteur aura connu un essor sans précédent. Période d'abondance de textes. Une grande déferlante de vagues successives : ADPIC, WCT, WPPT. Période de grande euphorie, de formidables avancées. Le Big Bang (expression empruntée à Michel Vivant, droit moral oblige) !

Mais le dynamisme semble céder la place à la lassitude. Nous sommes en pleine période de doute, de remise en question, d'introspection. C'est le retour du balancier. Après la montée en puissance, l'essoufflement. Après le flux, le reflux.

1. FLUX

La marche en avant fut dictée par deux facteurs. D'abord, la constatation (découverte pour certains ?) que le droit d'auteur revêtait une valeur économique non négligeable, voire considérable, et que les biens culturels représentaient une partie enviable de la balance commerciale des pays exportateurs. Ainsi, et malgré leur spécificité propre, les œuvres de l'esprit ne pouvaient demeurer complètement en marge des règles régissant le commerce international. Cela déboucha sur l'insertion des ADPIC dans l'OMC.

Le deuxième facteur se rapportait, lui, à la révolution numérique, son avènement nécessitant une protection des œuvres, prestations d'interprètes et phonogrammes, adaptée au nouvel environnement. D'où les traités WCT et WPPT.

1.1 Droit d'auteur et commerce : les ADPIC

Inclure dans l'Accord sur l'OMC un chapitre sur la propriété intellectuelle fut un tour de force, non dénué de machiavélisme, brillamment réussi par les pays industrialisés (ou développés, si l'on préfère). Car de propriété intellectuelle, il n'était pas vraiment question auparavant dans le GATT.

Mais comment justifier tout à coup l'intégration de cette dernière à un instrument du champ duquel elle était auparavant pratiquement exclue ? Instrument dont l'objet, rappelons-le, est la libéralisation du commerce international, par la réduction des barrières susceptibles d'entraver la circulation des biens et marchandises, que ce soit de manière directe (quotas, tarifs douaniers) ou indirecte (subventions, licences d'exploitation).

Les justifications n'ont pas manqué. On n'en fera pas le tour complet. Qu'il suffise de faire référence aux trois arguments suivants.

On a d'abord mis de l'avant que le fait pour un pays de fermer l'œil sur l'importation et la distribution sur son territoire de biens contrefaits, généralement écoulés à bas prix, reviendrait à instituer dans les faits un obstacle de nature à entraver l'entrée de produits légitimes. Ceci serait contraire à l'esprit de l'OMC. Subtil !

Le deuxième argument découlait du constat que la piraterie pratiquée à large échelle avait des effets néfastes sur la balance commerciale des pays exportateurs de biens de l'esprit, provoquant de la sorte des « distorsions » sur le commerce international. Ainsi, le lien entre commerce et propriété intellectuelle est établi. Ingénieux !

Enfin, on ne manqua pas de souligner que « la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie » (Article 7 de l'Accord sur les ADPIC), le tout pour le plus grand bien des utilisateurs. C'est l'argument de la carotte visant à amadouer les pays non industrialisés (pays en développement et pays les moins avancés), enclins à voir plutôt dans la protection de la propriété intellectuelle un instrument surtout la sauvegarde des intérêts des grandes puissances. Suave !

Mais par quel mécanisme l'intégration de la propriété intellectuelle à l'OMC s'est-elle faite ?

La stratégie consistait à faire de l'Accord sur l'OMC un tout indissociable, dans ses trois composantes : le GATT (Accord sur le tarif douanier et le commerce), qui touche aux marchandises, l'AGCS (Accord général sur le commerce des services) et les ADPIC (Les aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce).

Dès lors, si un pays donné souhaite profiter des avantages du GATT (tels que, par exemple, tarifs douaniers plus bas ou quotas moins stricts) applicables à ses exportations de marchandises (bananes, coton, café...) vers des États membres de l'OMC, il se trouve tenu de garantir la protection de la propriété intellectuelle des autres États membres, en conformité avec l'Accord sur les ADPIC. En d'autres mots, ce que l'on propose aux États, membres ou candidats, c'est un menu fixe et non un buffet à la carte : le seul choix étant d'adhérer à l'ensemble en bloc ou de rester en marge. Le procédé

n'est pas sans évoquer la technique des ventes liées. Il s'agit là d'un véritable coup de maître (certains diraient de passe-passe, mais pas-sons). Houdini en aurait pâli de jalousie.

La manœuvre est d'autant plus habile que l'on réussit par les ADPIC à corriger du même coup diverses lacunes de la protection internationale alors existante en matière de propriété intellectuelle. Et, chose remarquable, ces améliorations sont effectuées sans pour autant passer par la révision des Conventions existantes. Les pays industrialisés ont de la sorte atteint par des moyens détournés ce qu'ils n'auraient pas réussi à obtenir directement, tout un chacun sachant que la modification des textes internationaux par une protection à la hausse, favorable aux mieux nantis, n'aurait pas recueilli un accueil enthousiaste parmi les pays en développement.

Force est donc de lever son chapeau à une stratégie « diablement » (diaboliquement ?) efficace. Les ADPIC débouchèrent ainsi sur des résultats comportant des avancées spectaculaires par rapport au droit conventionnel existant.

Ces avancées sont de trois ordres.

D'abord, on améliore le seuil de protection de base offerte par les Conventions de Berne. En particulier, et en ce qui concerne le droit d'auteur, les ADPIC incorporent par référence les articles 1 à 21 de Berne (c'est déjà là en soi un exploit, vu qu'un certain nombre d'États Membres de l'OMC n'en étaient pas signataires). Mais on y ajoute un régime de protection propre aux nouvelles créations informatiques : bases de données et logiciels.

Ensuite, on s'attaque aux sanctions, domaine négligé des Conventions internationales. Face à un article rachitique de la Convention de Berne qui évoque timidement le sujet (article 16), les ADPIC introduisent un dispositif imposant, comportant un vaste arsenal de mesures traitant avec un luxe inouï des recours, des règles de preuve, des droits de la défense, etc. Ceci est un acquis considérable visant à corriger les problèmes de piraterie qui continuaient à sévir dans des pays pourtant dotés de lois « à la page », mais dont la mise en œuvre laissait à désirer.

Enfin, « last but not least », on élabore un mécanisme de règlements de différends destiné à assurer le respect de leurs obligations

par les États membres. C'est là une innovation sans précédent dans les relations multilatérales en matière de propriété intellectuelle. Un droit de regard (droit d'ingérence ?) est conféré aux divers États sur les lois et les pratiques internes d'autres pays membres. Avec la possibilité pour un État de demander des mesures de redressement adéquates (modifications de lois internes), et d'obtenir des sanctions en cas de non-conformité à ses obligations par un autre État membre.

Certes, ce mécanisme comporte des lacunes et n'est pas parfait : à preuve, les États-Unis d'Amérique n'ont toujours pas modifié leur législation malgré la décision de l'organe de règlement des différends estimant qu'un fragment d'un article est incompatible avec la Convention de Berne. Mais les résultats sont en général probants (voir à cet égard l'excellent rapport de Mathew Kennedy et Hannu Wager : « WTO Dispute Settlement and Copyright : the first seven years », ALAI, Journées d'études, Neuchâtel, 2002). En réalité, nous sommes à mille lieues de la situation pré-ADPIC, où en cas de différend concernant l'interprétation ou l'application de la Convention de Berne, l'article 33 prévoyait le recours à la Cour Internationale de Justice. Procédure, est-il besoin de le mentionner, totalement inefficace et inadaptée à l'espèce.

1.2 Droit d'auteur et technologie numérique : les traités WCT et WPPT (traités OMPI ou « traités Internet »)

Avec l'avènement du numérique et des « autoroutes de l'information » (expression consacrée à l'époque pour référer à la toile d'Internet) s'ouvraient des perspectives d'exploitation nouvelles et prometteuses. Mais cette nouvelle technologie ne manquait pas d'interpeller l'interprète. Notamment la question se posait de savoir si l'univers du cyberspace était un univers hors-la-loi, échappant au droit d'auteur, où tout serait permis. Les problèmes soulevés nécessitaient une solution globale, d'où le recours à un instrument international.

Cela aurait pu se faire à travers une révision de la Convention de Berne. Celle-ci n'a-t-elle pas été régulièrement modifiée, à intervalles de 20 ans, dans le but justement d'adapter la protection aux nouveautés techniques (qu'il s'agisse d'œuvres de genre nouveau ou de nouveaux modes d'exploitation) ?

Mais dans le contexte des années 1990, cette voie risquait de mener à l'impasse. La règle de l'unanimité rendait problématique,

voire illusoire, toute issue heureuse d'un processus de révision. En effet, et depuis l'Acte de Stockholm de 1967, les pays en développement montraient les dents. Le système international ne leur semblait pas prendre en compte suffisamment leurs intérêts particuliers. S'il est vrai qu'ils avaient arraché de haute lutte une Annexe censée leur être favorable (Disposition Particulière Concernant les Pays en Développement) il faut reconnaître cependant qu'en réalité cette Annexe n'était que de la poudre aux yeux. Elle n'a pas donné de résultats tangibles. Dans ces conditions, ouvrir la Convention de Berne pour y inclure l'agenda numérique pouvait se révéler hasardeux : cela aurait pu donner lieu à une foire d'empoigne et à des marchandages Nord-Sud sans fin. Force fut donc d'obvier ces difficultés en empruntant la voie d'un texte séparé. Pour le WCT, il s'agit d'un traité constituant un « arrangement particulier » au sens de l'article 20 de la Convention de Berne. Pour le WPPT, c'est un traité autonome.

Les avancées introduites dans ces deux traités sont importantes, notamment en ce qui concerne la prise en compte de la technologie numérique (d'où le sobriquet de « traités Internet »). Ainsi, le droit de mise à disposition, fer de lance et assise juridique des exploitations d'œuvres et phonogrammes sur le web, est clairement reconnu. Il est bien précisé aussi que les activités de stockage sur support numérique relèvent bel et bien du droit de reproduction. Mais l'apport majeur consiste incontestablement dans l'obligation faite aux États membres d'aménager dans leurs lois un régime de protection des mesures techniques (DRM). Cela était considéré indispensable pour permettre une offre diversifiée et sécurisée d'œuvres, prestations et phonogrammes.

Il faut cependant remarquer que les deux traités laissent en dehors de leur champ d'application la protection des artistes interprètes ou exécutants pour ce qui concerne les fixations audiovisuelles de leurs prestations. Il en va de même pour les activités d'organismes de radiodiffusion faisant appel aux technologies numériques. Il était entendu que ces deux points allaient faire l'objet d'instruments *ad hoc*. Le mouvement devait donc se poursuivre, dans la foulée de la dynamique des traités OMPI.

Mais il y a loin de la coupe aux lèvres. La machine naguère emballée semble s'être coincée et le droit d'auteur, plutôt que de poursuivre sur sa lancée triomphale, fait l'objet d'assauts de toutes parts, s'empêtre et s'enlise. La révolte gronde et le blocage s'installe.

2. REFLUX

2.1 Le contexte général après les ADPIC et les traités Internet : des lendemains qui ne chantent pas toujours

La mise en œuvre de ces traités, bien accueillis en général par les titulaires de droits, a pu susciter des résistances, voire une animosité chez certains. Notamment, la réaction est venue de deux groupes : les pays en voie de développement et les usagers internautes.

Pour beaucoup de pays en voie de développement, l'accession à l'OMC a été synonyme d'un chantier juridique gigantesque, ayant nécessité un effort hors du commun étalé sur une période considérable. Cet effort s'est déployé tant au plan de l'élaboration des textes législatifs, que -et surtout- de leur assimilation et application. De tout cela est résulté un sentiment de saturation (ras le bol, en termes moins polis) à l'égard de la propriété intellectuelle en général.

De plus, s'est manifestée l'impression de s'être fait flouer durant les négociations menant à l'OMC : la propriété intellectuelle, présentée comme synonyme d'investissements et de développement pour les pays du « tiers-monde », tarde à livrer ses promesses.

Enfin, les relations Nord-Sud se sont envenimées avec le cycle de Doha : les pays émergents, avec à leur tête le Brésil et l'Inde, estimant que les échanges ne sont pas aussi libres que souhaité, puisque leurs produits agricoles se heurtent à un protectionnisme vigoureux sous forme de tarifs douaniers élevés et d'une politique de subventions agressive qui ont pour effet de leur barrer les marchés des pays développés.

Dans ce contexte, la propriété intellectuelle devient un élément faisant partie d'une stratégie commerciale globale que les pays en développement vont mettre à profit pour défendre leurs intérêts. Ainsi, et à titre d'exemple, si le cycle de Doha n'avance pas de manière qui leur soit avantageuse (et on vient d'assister à son échec le 29 juillet 2008 à Genève après sept années de négociations infructueuses), ou si les pays industrialisés se montrent réticents à protéger adéquatement les connaissances traditionnelles ou les expressions du folklore, les pays en voie de développement se montrent à leur tour moins enclins à vouloir améliorer la protection de la propriété intellectuelle du monde industrialisé. Le lien entre commerce international et propriété intellectuelle, cette merveilleuse trouvaille des pays développés, risque dorénavant de se retourner

ironiquement contre ces derniers. On ne peut manquer de songer à l'Apprenti Sorcier de Paul Dukas.

Quant aux usagers-consommateurs, internautes invétérés, c'est au nom de principes tels que le droit à la liberté d'expression et le droit à la diffusion du savoir que des attaques en règle sont lancées contre les mesures techniques de protection censées mettre en danger la raison d'être du droit d'auteur. Selon ce groupe de pression, l'équilibre nécessaire est dorénavant rompu entre l'encouragement de la créativité par l'octroi de droits privatifs, et l'intérêt du public utilisateur, moyennant les exceptions. Ces exceptions, disent-ils, sont gravement menacées, sinon paralysées dans le contexte des DRM. D'autres vont encore plus loin et ce, jusqu'à mettre en cause un système (le droit d'auteur) qui les empêche de télécharger librement des fichiers à la faveur du « peer-to-peer ».

2.2 Manifestations du blocage au plan des projets d'instruments internationaux

Deux illustrations importantes reflètent cette tendance. Il s'agit du projet de traité concernant la protection des artistes interprètes pour leurs prestations fixées dans des œuvres audiovisuelles et du projet de traité concernant les organismes de radiodiffusion.

2.2.1 *Projet de traité concernant la protection des artistes interprètes pour leurs prestations fixées dans des œuvres audiovisuelles*

S'agissant du premier, le projet présenté à la conférence diplomatique en 2000 comportait des améliorations notables au statut des artistes interprètes visés. Mais la conférence buta sur la question de la transférabilité des droits ainsi reconnus, les États-Unis d'Amérique exigeant que le traité reconnaisse le principe de la présomption de transfert en faveur des producteurs dès lors que leur consentement a été donné de fixer leur prestation sur un support audiovisuel. Et ceci en parfaite conformité avec leurs pratiques contractuelles.

Cette conception ne pouvait bien sûr emporter l'adhésion des pays européens. Une tentative de trouver une voie médiane consistant à évacuer cette question du texte du traité ne fut pas couronnée de succès et la conférence diplomatique se solda par un échec. Ce fut donc une conception diamétralement opposée de l'aménagement des rapports contractuels dans le domaine cinématographique qui causa l'échec de cette conférence diplomatique.

Observons qu'un traité lesté de toute allusion au transfert des droits aurait pu recueillir les suffrages de la quasi-unanimité des membres participants, mais la règle du consensus, généralement suivie dans les pratiques de l'OMPI, a empêché que cette proposition soit mise au vote.

2.2.2 *Projet de traité concernant les organismes de radiodiffusion*

Quant au projet de traité sur la protection des organismes de radiodiffusion, il était destiné initialement à pourvoir les intéressés d'une protection adéquate compte tenu du nouveau contexte d'exploitation dans l'univers numérique. Il était donc parfaitement naturel que le traité aborde le statut juridique des nouvelles formes de télécommunication telles que la « webdiffusion » (*webcasting* ou *net-casting*) ou la « diffusion simultanée » (*simulcasting*).

Mais certains pays en développement, sous la férule du Brésil et de l'Inde, menèrent une bataille acharnée (d'aucuns diraient une guérilla savante et systématique) pour éliminer l'agenda numérique du champ de ce traité. En dépit du fait que l'assemblée ait acquiescé d'aller de l'avant en laissant de côté ces questions (ce qui enlevait au projet toute saveur), et même avec un projet de traité moins ambitieux dont le domaine serait réduit à la simple répression de la piraterie de signaux classiques, on ne réussit pas à trouver un terrain d'entente. Le projet de traité semble bien enterré.

À première vue cela étonne. Mais il s'agit là d'une démonstration éclatante d'une volonté délibérée d'utiliser la propriété intellectuelle comme monnaie d'échange destinée à faire fléchir des négociations se déroulant à d'autres niveaux (tel le cycle de Doha) en faveur des pays en développement. Et voilà que la boucle est bouclée. Auparavant, durant les négociations de l'Uruguay Round menant à la création de l'OMC, les pays développés ont su imposer aux autres la propriété intellectuelle comme un passage obligé leur permettant de retirer les avantages des accords de libéralisation de commerce. Il semble que dorénavant, les pays en développement ont appris à les payer de la monnaie de leur pièce en conditionnant la reconnaissance de nouveaux droits de propriété intellectuelle à des accords satisfaisants qui seraient conclus dans le domaine de la libéralisation des échanges. L'époque est bel et bien révolue où les pays en développement se contentaient d'assister en spectateurs passifs à une joute qui se jouait en dehors d'eux. C'est dorénavant du donnant, donnant.

CONCLUSION

De tout cela que conclure ? Dire que le droit d'auteur traverse une période de turbulences, c'est assurément affirmer une évidence. Mais le phénomène n'est pas nouveau. Que de fois n'a-t-on prédit la fin du droit d'auteur face à l'assaut des nouvelles technologies ? Et l'histoire du droit d'auteur n'a-t-elle pas consisté à organiser sa survie par sa perpétuelle adaptation aux nouveaux modes d'exploitation ?

De nos temps, les défis sont doubles. En ce qui concerne la révolte provenant des pays en voie de développement, un important travail reste à faire afin de changer les perceptions et les comportements. Car il ne suffit pas de les doter de lois modernes. Encore faut-il qu'ils puissent et sachent s'en servir comme outil susceptible de contribuer à leur propre développement.

Quant aux pratiques abusives et illégales des internautes, la voie répressive, certes nécessaire dans certains cas, n'aboutira pas seule aux résultats souhaitables. Il appartient aux ayants droit de mettre en place des mécanismes simples et efficaces permettant un accès aux œuvres moyennant des conditions raisonnables et attrayantes.

Ce n'est pas l'objet de cette note d'examiner les solutions spécifiques proposées. Mais ici, comme ailleurs, tout est dans la mesure : sans renoncer à affirmer ses droits, il serait aussi utile de se souvenir de la maxime « qui trop embrasse, mal étreint ».

...LE COMMON LAWYER...

...LE CIVILISTE...

