

Droit d'auteur et mondialisation

André Kéréver [\[*\]](#)

Au cours de ces dix dernières années, le droit d'auteur international a connu deux séries d'événements:

D'une part, le champ d'application géographique de la *Convention de Berne* s'est considérablement étendu à la suite, en particulier, de l'adhésion d'États comme les États-Unis d'Amérique et la Chine populaire. Ainsi les normes conventionnelles sont reconnues, à quelques exceptions près [\[1\]](#), par les grandes nations industrielles ainsi que par la plupart des pays en développement. La vieille convention de 1886, essentiellement européenne à son origine, acquiert maintenant une emprise quasi mondiale.

D'autre part, le *Traité de Marrakech du 15 avril 1994 créant une Organisation mondiale du commerce* (OMC) s'applique, contrairement aux précédents accords du GATT, à la propriété dite intellectuelle (droits d'auteur/voisins, propriété industrielle et commerciale). Cette matière fait l'objet d'un accord spécifique dans le cadre du traité [\[2\]](#)

Ainsi, sous les auspices de l'OMPI et de l'OMC/GATT, le droit d'auteur et les droits voisins acquièrent véritablement une dimension mondiale.

LES CAUSES DE LA MONDIALISATION

La mondialisation est liée à l'accélération du progrès technique et aux efforts déployés pour adapter le droit d'auteur à cette évolution.

En premier lieu, le progrès technique a un effet direct sur la circulation internationale des oeuvres protégées et de leurs supports. Les satellites brisent les cadres nationaux à l'intérieur desquels opéraient les organismes de radiodiffusion/télévision. La numérisation des oeuvres, la radiodiffusion numérique et la transmission numérisée en ligne sont, par nature, transnationales.

En second lieu, l'accélération du progrès technique donne naissance à de nouvelles catégories d'oeuvres protégées (logiciels, bases de données, oeuvres multimédias) ainsi qu'à des nouveaux modes d'exploitation (vente/location de vidéocassettes et de supports multimédias, radiodiffusion par satellite, câblo-distribution, copie privée), favorisés par l'essor de la civilisation des loisirs. Cet élargissement du marché a fortement stimulé la demande de produits et de services fournis par les industries culturelles, et intensifié leur circulation transnationale. Cet accroissement, en volume et en valeur, des échanges internationaux de biens culturels ou de divertissements explique également que les règles juridiques qui gouvernent ces échanges ont été intégrées dans l'accord ADPIC du *Traité de Marrakech* .

DUALITÉ OMPI/OMC

Le droit d'auteur, apparu dans sa forme moderne en Angleterre au XVIII^e siècle (*Loi de la Reine Anne de 1709*), s'est généralisé dans les États européens et aux États-Unis au début du XIX^e siècle.

Très vite, on a pris conscience que les différences entre les législations nationales pouvaient susciter des obstacles aux échanges de biens culturels que l'on tenta de réduire en insérant, dans les traités de commerce, des clauses intéressant la propriété intellectuelle.

Les insuffisances de cette approche expliquent, en partie, l'adoption de la *Convention de Berne* en 1886. Implicitement, l'économie de la convention réside dans l'idée que les produits culturels ne

sont pas des biens comme les autres en raison du lien qui les unit à la personne de leur créateur. En conséquence, il était légitime d'établir des normes juridiques autonomes en matière de droit d'auteur, et spécialement pour le droit de traduction, évidemment mis en cause dans la circulation internationale des oeuvres littéraires. Corrélativement, la propriété intellectuelle fut retirée de l'emprise des traités de commerce. L'exercice des droits d'auteur de caractère exclusif est accepté comme un obstacle juridique légitime aux échanges qui doit demeurer en dehors du champ d'application des traités de commerce (*cf.* par ex.: l'article XX d) du *Traité du GATT*)^[3].

Soustraits à l'application des traités de commerce, les droits d'auteur, dans leur dimension internationale, furent appréhendés uniquement par des conventions spécifiques gérées par des organisations spécialisées dans la propriété intellectuelle.

Il serait excessif d'affirmer que la *Convention de Berne* se désintéresse des aspects économiques du droit d'auteur (*cf.* par ex.: l'article 14 *bis* qui tente de régler les rapports auteurs-producteurs, et l'article 5 sur le "traitement national "). Mais il est incontestable que la convention procède d'une philosophie qui regarde le droit d'auteur comme un droit de la personnalité définissant le lien entre le créateur et l'oeuvre créée.

C'est à partir des années 1980 que se dessine une évolution qui voit le retour du droit d'auteur dans le champ d'application des traités de commerce. Déjà le *Traité de Rome* de 1957, qui tend à l'unification économique de l'Europe occidentale, entend appréhender les droits de propriété intellectuelle liés aux échanges (*cf.* ci-après).

Plus précisément, l'intensification des échanges de biens culturels met en lumière les insuffisances de la *Convention de Berne* en tant qu'instrument apte à procurer une sécurité juridique minimale dans les transactions internationales portant sur les biens culturels. Du moins est-ce le procès qui fut instruit contre la convention.

LES INSUFFISANCES DE LA CONVENTION DE BERNE

Si on la compare à la *Convention de Paris* régissant la propriété industrielle, la *Convention de Berne* , dans son acte de 1971, se révèle beaucoup plus ambitieuse. Non seulement elle prévoit l'assimilation de l'auteur étranger "conventionnel" à l'auteur national, mais, de plus, elle apporte une harmonisation non négligeable quant à la nature et au contenu des droits reconnus aux auteurs.

Son article 2 énonce les catégories d'oeuvres dont la protection, sous condition d'originalité, est une obligation pour les pays conventionnels (article 2 '6). La convention reconnaît explicitement les droits moraux (article 6 *bis*), les droits de traduction (article 8), de reproduction (article 9), de représentation, d'exécution et de transmission publiques (article 11), de radiodiffusion (article 11 *bis*), de récitation publique (article 11 *ter*), d'adaptation (article 12), de représentation et de mise en circulation d'oeuvres cinématographiques ainsi que d'adaptation cinématographique (article 14), de droit de suite (article 14 *ter*). D'autres dispositions conventionnelles autorisent des exceptions aux droits en tentant d'encadrer la marge de liberté des législations nationales (*cf.* en particulier l'article 9.2 pour le droit de reproduction).

Pourtant ce dispositif présente, à l'expérience, d'importantes lacunes mises en lumière par l'intensification des échanges de biens culturels.

a) Sans être inexistantes, les dispositions offertes aux ayants droit pour faire respecter leurs prérogatives présentent un caractère embryonnaire (articles 15 et 16).

b) Le règlement des différends concernant l'interprétation et l'application de la convention (article 33) est renvoyé à la saisine de la Cour internationale de justice. Or, cette procédure n'a pratiquement jamais été utilisée. Peut-être faut-il expliquer cette abstention dans le caractère

même de la convention qui mêle inextricablement des droits ouverts directement à des particuliers et des obligations souscrites entre États. Or, plusieurs dispositions de la convention font l'objet d'interprétations divergentes entre les États parties.

c) Des nouvelles catégories d'oeuvres apparues dans l'environnement numérique, et de grande valeur économique, ne sont pas mentionnées dans l'article 2 énumérant les catégories d'oeuvres dont la protection est une obligation pour les États parties.

Il en est ainsi des logiciels. Certes, ces oeuvres auraient pu être appréhendées par l'Acte de 1971 mais dans la mesure seulement où leur assimilation à des oeuvres littéraires aurait été unanimement admise. Précisément cette unanimité faisait défaut.

La même remarque s'applique aux bases de données numérisées. À première vue, ces bases auraient pu être protégées en tant que "recueils" ou "anthologies" (article 2 '5). Mais, à la lettre, cette disposition ne protège les recueils que dans la mesure où les éléments "recueillis" sont eux-mêmes des oeuvres protégées, sans préjudice de la condition que, par le choix ou la disposition des matières, ces recueils constituent des "créations intellectuelles". Cette disposition laisse donc apparemment sans protection internationale les recueils qui, originaux dans leur structure, rassemblent des données factuelles ne pouvant être regardées comme des oeuvres protégées [4].

d) S'il est vrai que l'Acte de 1971 a accompli un important progrès dans l'harmonisation en reconnaissant le droit de reproduction, il n'est pas évident que ce droit s'applique à la location des supports de fixation des oeuvres. Or l'exploitation sous forme de location de phonogrammes, vidéogrammes, logiciels, supports multimédias, a pris une grande importance économique.

e) L'intensification des échanges internationaux met en lumière une incertitude de la convention. Il s'agit de savoir si l'exercice du droit d'auteur par la première vente d'un support entraîne l'épuisement international du droit, ou seulement son épuisement national (ou régional pour l'Union européenne). L'épuisement international revient à dénier aux auteurs un droit de contrôler les importations.

f) La copie privée (*home taping*) sonore et audiovisuelle s'est généralisée. Or il n'y a pas unanimité pour apprécier si l'encadrement des exceptions au droit de reproduction par l'article 9.2 impose ou non de prévoir des compensations financières au profit des auteurs. Corrélativement, le point de savoir si de telles compensations, lorsqu'elles sont instituées par une loi nationale, sont ou non comprises dans le "traitement national" dû aux auteurs étrangers conventionnels est controversé.

g) Apparemment, les droits exclusifs de l'article 11 (représentation, communication publique) ne portent que sur les "oeuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales", à l'exclusion, au moins d'après la lettre, des textes et des images fixes. Dès lors, la question se pose de savoir si la transmission numérique en ligne aboutissant à la visualisation sur écran cathodique de textes et d'images est ou non soumise à l'article 11 de la convention.

h) La communication par satellite, dès l'ère de l'analogique, puis la transmission numérique en ligne, sont par définition de nature transnationale. La convention ne donne que des indications vagues pour déterminer la loi nationale applicable à ces communications.

À côté des imperfections ou des lacunes de la *Convention de Berne*, qui existent objectivement, mais qui sont en partie inévitables si on admet que les législateurs nationaux ont encore le droit d'intervenir en matière de droit d'auteur, les États-Unis font à la convention un reproche qui tient à sa philosophie même qui est de distinguer le droit d'auteur des droits voisins appréhendés par la *Convention de Rome*. Pour les États-Unis, un phonogramme devrait être considéré comme une oeuvre de l'esprit protégée comme telle par les conventions de droit d'auteur. Faute de faire

admettre une telle interprétation, ils ont tenté - et partiellement réussi - d'aboutir à cette fin dans le cadre du GATT/OMC.

La situation ainsi créée à partir du début de la décennie 90 explique les trois événements majeurs qui se sont produits en matière de droit d'auteur mondial:

- L'harmonisation, partielle, mais importante - et qui se poursuit - des droits d'auteurs/voisins dans la Communauté européenne

- l'Accord ADPIC

- l'aggiornamento des conventions de Berne et de Rome: *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (Protocole à la Convention de Berne)* et *Traité de l'OMPI sur les interprétations, les exécutions et les phonogrammes*, de décembre 1996.

I- L'HARMONISATION EUROPÉENNE

Cette harmonisation s'opère par deux voies: la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et du Tribunal de 1^{re} instance de ces communautés, d'une part, et les directives communautaires, d'autre part.

A) La jurisprudence des juridictions européennes

Bien que le droit d'auteur ne soit pas mentionné dans le *Traité de Rome*, la CJCE n'a pas tardé à affirmer que les produits et services culturels, ainsi que les activités des sociétés de gestion collective des droits d'auteurs/voisins, entraînent dans le champ d'application du traité au titre de la libre circulation des produits et de la liberté des prestations de services (articles 30 et 59), ainsi qu'au titre du droit de la concurrence (article 85 prohibant les ententes et 86 proscrivant les abus de position dominante).

Dans l'application de ces dispositions, la CJCE a tenu compte de l'article 36 du traité, qui autorise des restrictions aux échanges lorsqu'elles sont justifiées par des considérations d'ordre public, de sécurité, de santé publique ou *de protection de la propriété industrielle et commerciale ". La CJCE a interprété cette dernière expression comme englobant le droit d'auteur.

La CJCE a estimé que seul l' *objet spécifique " du droit d'auteur pouvait être légitimement invoqué. La notion d' *objet spécifique " revient à distinguer entre *l'existence* du droit, qui seul est pris en considération, de *l'exercice* du droit, qui ne peut prévaloir contre les principes de libre circulation et de concurrence.

C'est en partant de cette notion d' *objet spécifique " que *la CJCE a élaboré une véritable théorie de l'épuisement communautaire du droit d'auteur*, théorie qui peut ainsi être résumée:

S'agissant de la libre circulation des supports d'oeuvres protégées, l' *objet spécifique " du droit d'auteur est suffisamment honoré si l'auteur a été mis en mesure d'autoriser la première vente sur le territoire d'un État membre. Un support ainsi commercialisé doit pouvoir circuler librement dans toute la Communauté sans que l'auteur puisse lui opposer un droit exclusif qu'il tiendrait de la loi nationale du pays d'importation (*Deutsch Gramophon* 8 juin 1972, *Musik Vertrieb* 20 janvier 1981) [5].

Mais si l'épuisement limite le droit d'auteur, il est juste de reconnaître que la CJCE a limité l'épuisement lui-même:

- Tout d'abord, il ne s'applique qu'à la circulation de produits mais non à l'égard des prestations de services. Il ne peut donc restreindre ceux des droits d'auteur qui s'exercent par des prestations de services. Tel est le cas des droits de représentation ou apparentés (communication publique de films par exemple: *Coditel 1* , 18 mars 1980).

Il ne s'applique pas davantage à la location de supports, puisque la location est un service (*Warner Bros c. Christiansen* , 17 mai 1988).

- La durée de protection fait partie de l' "objet spécifique " du droit d'auteur. En conséquence, un support d'oeuvre licitement commercialisé dans un État où la durée est expirée ne peut être introduit dans un État où la protection subsiste sans l'autorisation de l'auteur ou de ses ayants droit (*EMI c. Patricia* , 24 janvier 1989).

- Enfin, l'épuisement n'est opposable à l'auteur que si le support a été commercialisé initialement dans un pays communautaire. Il ne l'est donc pas lorsque la première commercialisation a eu lieu, même avec le consentement de l'auteur, dans un pays extérieur à la Communauté. Ainsi jugé dans un cas où la première commercialisation a eu lieu au Portugal à une date à laquelle le Portugal appartenait à l'AELE (*Polydor c. Harlequin* , 9 juillet 1982).

S'agissant du droit de la concurrence, la CJCE a jugé qu'un contrat de cession de droit à titre exclusif n'était pas, en lui-même, constitutif d'une entente illicite entre le cédant et le cessionnaire (*Coditel 2* , 6 octobre 1982).

La CJCE a jugé également que l'exercice d'un droit d'auteur exclusif d'auteur n'était pas constitutif d'un abus de position dominante, sauf dans des circonstances exceptionnelles (*Magill*, 6 avril 1995) [6].

Cette même juridiction a également décidé que le fait, pour une société de gestion collective en position dominante, d'imposer à des usagers des redevances sensiblement plus élevées que celles pratiquées dans les autres États membres peut constituer un indice d'abus de position dominante dans la mesure où la comparaison des tarifs a été effectuée sur des "bases homogènes ". Mais cet indice, s'il existe, peut être détruit si la société en cause peut justifier la différence de tarifs par des "divergences objectives et pertinentes " dans les gestions comparées (J.-L. TOURNIER, 13 juillet 1989).

Parmi les incidences du droit communautaire sur le droit d'auteur, il faut mentionner celles de l'article 7 du *Traité de Rome* interdisant toute discrimination "exercée en raison de la nationalité " (des ressortissants des États membres). Par l'arrêt *Phil Collins* (20 octobre 1993), la CJCE a jugé que ces dispositions étaient pourvues d'effets directs au profit des particuliers. En conséquence, elle a déclaré que l'article 7 du traité s'oppose à ce qu'une législation nationale accepte une discrimination de traitement entre artistes interprètes nationaux et leurs collègues ressortissant d'autres États communautaires, bien que ces discriminations fondées sur la nationalité soient compatibles avec les conventions internationales de droits voisins.

Ce dernier arrêt confirme que, s'agissant des relations entre États membres de la Communauté, le *Traité de Rome* l'emporte sur les conventions de droits d'auteur/voisins. Ainsi, s'il est reconnu qu'il existe une circonstance exceptionnelle conduisant à regarder comme un abus de position dominante l'exercice d'un droit exclusif, la reconnaissance de ce droit par la *Convention de Berne* ne peut être utilement invoquée (*Magill*, précité).

B) Harmonisation par les directives

On rappelle que les directives européennes sont des textes adoptés par le Conseil de la Communauté en collaboration avec le Parlement européen, qui fixent des normes juridiques

s'imposant aux États membres. Ces États doivent les transposer dans leur ordre juridique national par les moyens définis par leur constitution.

Dans l'ordre chronologique, sont intervenues les directives suivantes:

- 91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur ;
- 92/100 du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle ;
- 93/83 du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble ;
- 93/98 du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ;
- 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données .

Il n'est pas possible, dans le cadre limité de cette étude, d'analyser en détail ces textes. On se bornera à en signaler quelques aspects importants:

a) L'épuisement des droits portant sur la circulation de supports

(droit de distribution)

Les directives reflètent fidèlement la jurisprudence de la CJCE limitant l'épuisement des droits à la libre circulation des produits, à l'exclusion des prestations de services. Il y a donc épuisement du droit de distribution (non du droit de reproduction) après la première vente opérée avec le consentement de l'auteur dans un pays communautaire. Le droit de location, prestation de services, n'est pas sujet à épuisement. L'épuisement n'est pas international, mais limité à la circulation intracommunautaire.

Ce dispositif se reflète dans les articles 4c) de la 91/250 (programmes d'ordinateur), 1 '3 et 9 '2 de la 92/100 (droits de location et autres), et 5c) de la 96/9 (bases de données) selon laquelle l'épuisement s'applique au droit de contrôler la revente d'une copie de la base dans la Communauté. À noter que le Ct 33 explicite la théorie communautaire de l'épuisement en précisant que *"la question de l'épuisement du droit de distribution ne se pose pas dans le cas d'une base de données en ligne, qui relève du domaine des prestations de services"*.

b) La notion d' *"originalité"* comme condition de la protection

Les oeuvres numériques (programmes d'ordinateur et bases de données informatisées) ne sont protégées que si ces *"oeuvres constituent des créations intellectuelles propres à leur auteur"* (article 1 '3 pour les ordinateurs et 3 '1 pour les bases de données).

Cette formulation est un compromis entre une conception minimaliste de l'originalité (création intellectuelle) et une exigence plus élevée (empreinte de la personnalité de l'auteur), explicitée par l'expression *"propre à leur auteur"*.

c) La qualité d'auteur

S'agissant des oeuvres numérisées, ni la 91/250 (ordinateur), ni la 96/9 (bases de données), ne contraignent les législateurs nationaux à choisir entre l'attribution de la première titularité à la personne physique créateur, ou à la personne morale (entreprise) agissant par ses préposés. Mais

pour les programmes d'ordinateur, la directive impose une cession légale à l'employeur des droits patrimoniaux des employés lorsque ceux-ci sont investis de la titularité initiale.

Une particularité doit être soulignée: deux directives, la 92/100 sur la location (article 2 '2) et la 93/98 sur la durée (article 2 '1), imposent de considérer le réalisateur principal d'une oeuvre audiovisuelle comme l'auteur ou l'un des auteurs de l'oeuvre. Cette règle, qui s'impose à tous les États membres de la Communauté européenne, signifie donc clairement que, contrairement au droit des États-Unis, le producteur n'est pas le premier titulaire des droits d'auteur sur l'oeuvre audiovisuelle, et ne peut donc se prévaloir que de sa qualité de cessionnaire des droits.

d) Le contenu des droits

L'analyse détaillée des directives dépassant le cadre de cet exposé, on se bornera à évoquer les dispositions particulières les plus significatives:

i) Le droit de location (Directive 92/100)

Ce droit est ouvert pour la location d'oeuvres (original ou copies) des fixations d'interprétations d'artistes interprètes, et de phonogrammes et de "films" (terme signifiant oeuvre audiovisuelle) (cf. article 2 '1). Ce droit est ouvert aux auteurs, aux artistes interprètes, aux producteurs de phonogrammes et de "films".

Tous ces droits ont un caractère exclusif. Mais le transfert des droits des artistes interprètes au producteur, pour la location de "films", est réglementé.

La conclusion du contrat de production d'un "film" entraîne la présomption de la cession des droits des artistes au producteur. Les États membres peuvent choisir entre une présomption réfragable par des clauses contraires et une présomption absolue, équivalente à une cession légale (article 2 '7). Les États membres peuvent étendre la présomption réfragable (ou simple) aux contrats auteur-producteur, régime juridique qui existe déjà dans plusieurs États membres, dont la France.

Mais ces présomptions, et les cessions de droits correspondantes, ne sont acquises que si le cédant (l'artiste ou l'auteur) bénéficie par le contrat d'une rémunération "équitable" à raison de l'exploitation de son interprétation (ou de son oeuvre) par voie de location du film. Et l'article 4 prescrit que "le droit d'obtenir une rémunération équitable ne peut faire l'objet d'une renonciation de la part de l'artiste interprète".

Le régime juridique ainsi défini pour les relations entre producteur et artistes interprètes diffère donc de celui qui prévaut dans le droit des États-Unis, dans lequel les artistes ne tirent une protection que du droit du travail et des conventions collectives.

Le point de savoir si l'exigence d'une rémunération "équitable" et "irrenonçable" en faveur des artistes est ou non opposable à la location de films dont le pays d'origine est extérieur à la Communauté européenne n'est pas tranché par la directive.

ii) Harmonisation des durées de protection (Directive 93/98)

Dans tous les États membres, la durée de protection des droits d'auteur est portée à 70 ans après la mort de l'auteur. Pour les droits voisins, la durée est de 50 ans:

- Pour les artistes, à compter de la date de l'exécution. En cas de fixation publiée licitement, ou d'une communication au public, le délai de 50 ans part du premier de ces deux faits.

- Pour les producteurs d'oeuvres audiovisuelles ou de phonogrammes, le délai se décompte à partir du premier des deux faits que sont la publication ou la communication licite.

- Pour les oeuvres pseudonymes, ou anonymes, ou propriété d'une personne morale (cas des oeuvres collectives en France), le délai de 70 ans qui ne peut être décompté d'après la mort de l'auteur s'apprécie à partir de la date à laquelle l'oeuvre a été licitement rendue accessible au public.

L'article 7 de la directive renvoie à la loi du pays d'origine pour autant seulement que ce pays d'origine est un pays tiers par rapport à la Communauté, la détermination de la durée de protection du droit d'auteur, sans pouvoir excéder la durée communautaire. C'est la conséquence de l'arrêt de la CJCE *Phil Collins* déjà mentionné qui interdit, même lorsqu'elle est licite au regard de la *Convention de Berne*, toute discrimination entre ressortissants de la Communauté européenne.

iii) Les directives en projet

La justification des directives d'harmonisation est de supprimer les obstacles à la réalisation d'un marché unique qui peuvent résulter des divergences des législations nationales des États membres. La matière dans laquelle ces divergences ont un impact le plus évident sur les échanges est celui du marché des oeuvres d'art, en raison des différences entre législations nationales concernant le "droit de suite". Un projet de directive harmonisant ce droit est en préparation. Mais son élaboration paraît difficile.

II- LES ACCORDS ADPIC ET LES TRAITÉS DE L'OMPI

A) Les accords ADPIC

La convention signée à Marrakech le 15 avril 1994 et créant l'Organisation mondiale du commerce, négociée dans le cadre du GATT, comprend un volet consacré à la propriété intellectuelle (droits d'auteur/voisins, marques de fabrique, indications géographiques, dessins et modèles industriels, brevets, lutte contre les pratiques anticoncurrentielles).

Il n'est pas étonnant que l'inspiration de l'accord tende à la défense d'un "droit d'auteur d'entreprise". Son inclusion dans le cadre plus global de l'OMC donne à cet accord une vocation mondiale et une portée concrète: non seulement les droits sont définis, mais encore sont précisés, dans un instrument international, les moyens de les mettre effectivement en oeuvre, tandis qu'une procédure est prévue pour le règlement des différends.

Les rédacteurs de l'ADPIC ne pouvaient éluder la question des relations entre l'accord et la *Convention de Berne*. Deux approches étaient théoriquement possibles. Selon la première, que l'on pourrait dénommer "référence à Berne", l'accord se serait purement et simplement référé à la *Convention de Berne*, dont les dispositions de fond auraient été ainsi intégrées dans l'ADPIC et complétées par des dispositions sur la mise en oeuvre des droits et le règlement des différends.

L'autre approche aurait conduit à élaborer une convention nouvelle et distincte de la *Convention de Berne*. On aurait ainsi abouti à une "*Convention de Berne bis*". Si cette approche avait été suivie, la coexistence entre un instrument international de droit d'auteur d'inspiration culturelle, et un instrument international dans cette matière d'inspiration purement commerciale, aurait certainement suscité des interrogations, sinon des inquiétudes.

En fait, l'accord, une fois conclu, combine les deux approches, mais s'apparente principalement à l'approche "référence à Berne". En effet, l'accord se réfère, d'une manière générale, aux dispositions de fond de la *Convention de Berne*. Mais il comprend également des dispositions

autonomes, qui "doublent" en quelque sorte celles de la convention et que l'on évoquera donc sous le sigle de "Convention de Berne bis".

1) Référence à la Convention de Berne

Cette référence intervient à deux niveaux. Tout d'abord l'article 2 précise que l'adhésion à l'ADPIC n'affecte pas les obligations réciproques nées de la convention pour les États qui sont parties aux deux instruments. Il s'agit d'une déclaration plus politique que juridique, puisque en effet l'adhésion à un instrument international nouveau n'affecte pas, en elle-même, les droits et obligations résultant de l'adhésion à un instrument antérieur.

Plus importante apparaît la référence à Berne faite par l'article 9 qui intègre dans l'accord les articles 1 à 21 de la convention (il s'agit des clauses de fond), à l'exception de l'article 6 *bis* sur le droit moral. Cet article 9 lie tous les États parties à l'ADPIC, y compris ceux qui adhèrent à la convention. Ces derniers pourront ainsi invoquer entre eux non seulement les articles 1 à 21 de la convention, mais également les normes spécifiques à l'ADPIC sur les moyens de faire respecter les droits et relatifs aux procédures de règlement des différends, pour autant que les droits moraux ne sont pas concernés.

L'exclusion des droits moraux a été déjà beaucoup commentée. Il nous suffira, dans le cadre de cette étude, de rappeler que la légitimité des droits exclusifs d'autoriser ou d'interdire l'exploitation des oeuvres n'a pas la même évidence suivant qu'on la fonde sur le lien indissoluble qui unit l'oeuvre à son créateur, ou sur la protection des investissements consentis par des entreprises commerciales.

2) La "Convention de Berne bis"

Les dispositions ainsi visées se subdivisent elles-mêmes en deux catégories: certaines interprètent des articles de la convention dont la portée n'est pas claire, tandis que d'autres introduisent des normes nouvelles.

a) Peuvent être regardés comme des interprétations de Berne

- l'article 9 '2 ADPIC précisant que la protection du droit d'auteur ne concerne que l'expression formelle et ne s'étend pas aux idées. Cette affirmation reflète l'interprétation courante de la notion;
- l'article 10 '1 ADPIC énonçant que les programmes d'ordinateur (logiciels) sont protégés "en tant qu'oeuvres littéraires en vertu de la *Convention de Berne*", tant en ce qui concerne le code source que le code objet;
- l'article 10 '2 ADPIC précisant que les compilations de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles, sont protégées comme telles, cette protection étant distincte et indépendante de celle éventuellement due aux données elles-mêmes.

Sur ces deux points, l'ADPIC tranche des problèmes d'interprétation de la *Convention de Berne* déjà évoquées dans la sous-partie "insuffisances de la convention".

L'article 10 '1 interprète la notion d' "oeuvres littéraires" figurant à l'article 2 '1 de la convention, en ce sens qu'une création aussi fonctionnelle qu'un logiciel, même écrite en langage binaire, est néanmoins une "oeuvre littéraire", dont la protection est une obligation pour tous les États parties à la convention et pour tous les États parties à l'ADPIC. L'article 10 '2 affirme que l'article 2 '5 de la convention doit être interprété comme ne subordonnant pas la protection des recueils de données à la condition que les données elles-mêmes soient des oeuvres protégées.

On aura remarqué que, sur ces deux points, les interprétations de l'ADPIC avaient déjà été adoptées par les directives correspondantes de la Communauté européenne, à ceci près que la condition d'originalité comme condition de protection est un peu plus rigoureuse dans les directives (cf. ci-dessus "Harmonisation par les directives ") :

- À mi-chemin entre l'interprétation et la simple paraphrase se situe l'article 12 ADPIC sur *la durée de protection* lorsqu'elle est calculée sur une base autre que celle de la vie du créateur (cf. article 7 '2 et 3 de la convention). L'événement retenu comme point de départ du délai de protection, défini, dans le texte conventionnel, comme l'accessibilité de l'oeuvre au public, est désigné, dans le texte ADPIC, comme la "publication" de l'oeuvre;

- l'article 13 ADPIC paraphrase purement et simplement l'article 9 '2 de Berne qui définit les exceptions au droit de reproduction qu'il est loisible aux législateurs nationaux d'édicter [7].

Mais l'accord étend à tous les droits le champ des exceptions que le texte de Berne réservait au seul droit de reproduction [8]

b) Des normes non prévues dans la Convention de Berne:

le droit de location

L'article 11 ADPIC institue un droit d'auteur d'autoriser la location d'exemplaires de programmes d'ordinateurs et d'oeuvres cinématographiques. Ce droit est étendu par l'article 14 de l'accord aux phonogrammes. Le droit de location n'est pas explicitement prévu par la *Convention de Berne* . Toutefois, par exception, la convention reconnaît un droit de location sur les oeuvres cinématographiques. En effet, l'article 14 investit les auteurs du droit exclusif d'autoriser "la mise circulation " des oeuvres cinématographiques, expression qui englobe indiscutablement la location des vidéogrammes.

Si l'on compare les articles 11 et 14 ADPIC à la *Convention de Berne* , on décèle tout d'abord une contradiction: alors que, comme il vient d'être dit, le droit de location sur les oeuvres cinématographiques est reconnu sans restriction par Berne, l'article 11 ADPIC autorise les États à ne pas reconnaître ce droit. L'obligation ne renaît que si "la location a conduit à la réalisation de nombreux exemplaires [...] qui compromettent de façon importante le droit exclusif de reproduction ". Non seulement l'ADPIC est, sur ce point, contraire à la *Convention de Berne* , mais il est aussi entaché d'une contradiction interne. En effet, l'article 14 de Berne est purement et simplement intégré dans l'ADPIC par l'effet de l'article 9 de l'accord qui fait obligation aux États parties de respecter les obligations nées des articles 1 à 21 - sauf l'article 6 *bis* - de la convention. L'article 9 ADPIC, en tant qu'il se réfère à l'article 14 de Berne, n'est donc pas cohérent avec l'article 11 de l'accord.

Le droit de location sur les phonogrammes (article 14 '4): cet article est particulièrement ambigu en tant qu'il désigne les bénéficiaires du droit. Le droit de location est en effet conféré aux "producteurs et à tous autres détenteurs de droits sur les phonogrammes tels qu'ils sont déterminés dans la législation nationale ". De plus, le '6 de cet article 14 précise que "les dispositions de l'article 18 de la *Convention de Berne* (Acte de 1971) s'appliqueront aussi [...] aux droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes sur les phonogrammes ". On rappelle que l'article 18 de Berne a pour objet de tracer la frontière entre les oeuvres non protégées au moment de l'entrée en vigueur de la convention à l'égard d'un État déterminé et les oeuvres qui devront être protégées par suite de cette entrée en vigueur.

Ces dispositions dénotent une confusion, voulue ou non, entre droits d'auteur et droits voisins sur les phonogrammes. En faisant des producteurs les titulaires principaux du droit de location et en appliquant à leurs droits des dispositions d'un article de la *Convention de Berne* qui ne concerne

que les auteurs ou leurs ayants droit, l'article 14 '4 et 6 considère implicitement les phonogrammes, pris en eux-mêmes, comme des oeuvres protégées par le droit d'auteur. Or, les phonogrammes ne figurent pas parmi les catégories d'oeuvres énumérées à l'article 2 de la convention. Aussi bien l'exclusion des phonogrammes du champ d'application des conventions de droit d'auteur, et leur renvoi à la protection internationale par les droits voisins, ont été confirmés par les deux traités de l'OMPI de décembre 1996 (*cf.* ci-après).

En raison de la primauté donnée par l'article 14 ADPIC aux producteurs, les auteurs ne sont mentionnés, s'agissant des droits de location des phonogrammes, que par l'expression "autres détenteurs de droits sur les phonogrammes tels qu'ils sont déterminés dans la législation nationale ". Expression ambiguë qui peut signifier que les auteurs se voient dénier tout droit internationalement reconnu et ne peuvent se prévaloir que des seuls droits qui leur sont octroyés par les législations nationales. Mais une autre interprétation est également possible: dès lors que, pour se conformer à la *Convention de Berne* , les législations nationales sont tenues de reconnaître aux auteurs des droits sur les phonogrammes à raison de la reproduction de leurs oeuvres sur les supports, l'expression employée par l'article 14 est purement déclarative et se borne à constater que les auteurs sont au nombre des "détenteurs de droits sur les phonogrammes " .

c) Les autres dispositions

Certaines dispositions ne peuvent être rangées ni dans la "référence à Berne " ni dans la "Convention de Berne bis " .

i) L'épuisement des droits

On a déjà relevé que la question de savoir si l'épuisement des droits d'auteur après la première vente était territorialement limité à l'État (ou au groupe d'États liés par un accord régional) de cette première vente, ou si au contraire il produisait ses effets mondialement, était discutée.

Cette question est traitée dans l'article 6 de l'*Accord ADPIC* qui décide [...] de ne rien décider. En effet, selon cet article, "sous réserve des dispositions des articles 3 et 4 (relatifs au "traitement national "), aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle " .

ii) Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée

L'ADPIC (articles 3 et 4) impose aux États parties d'accorder aux ressortissants des autres États parties la même protection de droit d'auteur que celle qu'ils accordent à leurs nationaux sous réserve des exceptions à cette règle permises par la *Convention de Berne* .

Cette obligation de "traitement national " vient donc dédoubler celle déjà prévue par la *Convention de Berne* . Toutefois, le principe ainsi affirmé est atténué par une "note de bas de page " sur les articles 3 et 4 rédigée dans des termes particulièrement ambigus: cette note semble en effet limiter le "traitement national " à l'exercice des "droits expressément traités dans l'Accord ". Or, ne sont "expressément" évoqués dans l'accord que les droits sur les logiciels et les bases de données, ainsi que sur la location. Cette limitation peut elle-même être interprétée de plusieurs façons. Il semble en tout cas exister un consensus pour estimer que l'obligation du "traitement national " dans le cadre de l'ADPIC ne s'applique pas aux redevances de copie privée sonore et audiovisuelle.

B) Les traités de l'OMPI

La conférence diplomatique réunie par l'OMPI à Genève du 2 au 20 décembre 1996 a adopté deux traités: le "Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur " et le "Traité de l'OMPI sur les interprétations, exécutions et les phonogrammes " . Cet aboutissement est en retrait sur les objectifs initiaux qui

envisageaient, outre un traité de droit d'auteur, un traité sur les droits des artistes interprètes qui aurait couvert leurs interprétations audiovisuelles, et un traité sur la propriété intellectuelle sur les bases de données.

Nous limiterons nos commentaires au seul *Traité sur le droit d'auteur*. Ce traité est un "arrangement particulier" au sens de l'article 20 de la *Convention de Berne* [9]. Son contenu doit donc être interprété, pour toutes ses dispositions, dans le sens qu'il accorde aux auteurs des droits "plus étendus" que ceux déjà admis par la convention, ou du moins, qu'il n'est pas "contraire" à cette convention.

Sur les normes du traité elles-mêmes, nos remarques seront volontairement cantonnées à deux aspects: le droit applicable à l'environnement numérique et le droit de location de phonogrammes. Il faut toutefois relever que l'article 6 '2 laisse aux États toute liberté en matière d'épuisement des droits après première vente d'un support effectuée avec le consentement de l'auteur.

1) Le traité "rapatrié" dans un "arrangement" au sens de l'article 20 de Berne le dispositif de l'ADPIC relatif aux programmes d'ordinateur et aux compilations de données (articles 4 et 5).

2) On attendait surtout du traité une clarification des droits applicables à la transmission numérique en ligne. Il est superflu de retracer en détail les phases techniques d'une telle opération: elle commence par un chargement numérique et se termine généralement par un dispositif qui rend l'oeuvre perceptible par le destinataire interactif, qui a la possibilité de se confectionner des copies tangibles de l'oeuvre ainsi transmise. C'est donc une opération complexe qui mêle des actes de reproduction permanente, de reproduction temporaire ou transitoire en mémoire d'ordinateur, et des communications au public.

Pour résoudre ces questions, la conférence disposait d'un document de base dénommé "Propositions du Président" (de la conférence) contenant deux articles essentiels, les articles 7 et 10, dont l'application combinée aboutissait à soumettre la transmission numérique en ligne au cumul des droits de reproduction et de communication publique.

L'article 7 énonçait en effet que "le droit exclusif d'autoriser la reproduction accordée [...] à l'article 9 CB comprend la reproduction directe et indirecte de ces oeuvres, qu'elle soit permanente ou temporaire, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit".

Cette rédaction affirmait clairement, sous forme d'interprétation de la *Convention de Berne*, et non par l'octroi d'un droit nouveau, que le droit de reproduction est pleinement applicable à l'environnement numérique. Le droit concerne les reproductions temporaires en mémoire d'ordinateur, ainsi que la reproduction à distance (entre la copie obtenue par le destinataire, et l'original copié). Le 2^e alinéa de cet article 7 le renforçait dans son principe en permettant des exceptions au droit lorsque ces reproductions n'étaient que des mesures techniques destinées à rendre l'oeuvre perceptible.

Selon l'article 10, intitulé "droit de communication", "sans préjudice des articles 11, 11 *bis*, 11 *ter*, 14 et 14 *bis* de la *Convention de Berne* (qui reconnaissent des droits de représentation ou des droits apparentés), les auteurs jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication de leurs oeuvres au public, y compris la mise à disposition du public de ces oeuvres, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit". On aura remarqué que l'expression "y compris etc." désigne les caractéristiques d'une transmission numérique en ligne.

Mais si la conférence a adopté tel quel ce projet d'article 10 (devenu 8 dans le traité), elle n'a pu recueillir l'unanimité sur le projet d'article 8 (qui a cependant recueilli une large majorité), et en définitive, aucune disposition du traité ne traite explicitement du droit de reproduction. Il résulte

donc de cet aboutissement que l'application du droit de reproduction à l'environnement juridique repose sur l'interprétation directe de l'article 9 '1 et 2 de la convention ¹[0]

En revanche, l'article 8 du traité consacre d'une part la possibilité d'interpréter les articles 11, 11 *bis* et 11 *ter*, 14 et 14 *bis* de Berne, dans le sens qu'ils confèrent aux auteurs un droit de représentation sur toutes les oeuvres applicable à la transmission en ligne en tant qu'elle met des oeuvres à la disposition du public. D'autre part, il astreint les États parties, quelles que soient leurs interprétations des articles mentionnés, à reconnaître aux auteurs un droit de "communication au public " mis en oeuvre par la transmission en ligne. Il semble que cet article lie également les États quant à la qualification du droit ainsi reconnu dans la mesure où un autre article du traité consacre un "droit de distribution " (article 6) spécifiquement applicable aux transferts de propriété de supports. Il est difficile de ne pas en déduire que la qualification de "droit de distribution " n'est pas disponible pour l'appliquer au droit reconnu par l'article 8 du traité.

Deux remarques termineront ce commentaire sur les relations entre le traité et l'environnement numérique:

- La question de la détermination de la loi applicable à la transmission en ligne dont le caractère transnational est évident n'a pas été soumise à la conférence.
- Le traité comprend un article 11 qui oblige les États à protéger contre leur neutralisation les mesures prises par les auteurs pour identifier leurs oeuvres, notamment dans le domaine numérique.

3) Le droit de location des auteurs sur les phonogrammes

On a vu que, dans l'ADPIC, les producteurs sont les principaux titulaires du droit d'autoriser la location de phonogrammes et que les droits des auteurs n'étaient mentionnés que dans une rédaction ambiguë.

On pouvait espérer que, dans le cadre d'un traité de droit d'auteur, les droits des auteurs sur la location de phonogrammes auraient été pleinement reconnus sur le plan international, d'autant que la Conférence diplomatique a, on l'a vu, adopté un autre traité en matière de droits voisins qui traite spécifiquement des droits des producteurs.

Or, l'article 7 du traité n'est malheureusement pas d'une clarté absolue. Il investit en effet les auteurs du droit exclusif d'autoriser la location de phonogrammes pour "les oeuvres incorporées dans les phonogrammes telles que définies dans la législation nationale des parties contractantes ". Cet article comporte donc, comme l'article 14.4 ADPIC, un renvoi aux législations nationales, encore que rédigé dans des termes différents.

À la vérité, le renvoi aux législateurs nationaux ne concerne que la définition d' "oeuvres" dont l'incorporation dans un phonogramme peut donner prise au droit de location. Il semble donc que cette rédaction ne vise les législations nationales qu'en tant qu'elles conservent une liberté d'appréciation pour désigner les oeuvres protégées, en combinant la nature de ces oeuvres et la durée de leur protection. En définitive, ni l'article 14.4 ADPIC, ni l'article 7 du traité, malgré des rédactions maladroitement, ne sauraient être invoquées pour dénier aux auteurs un droit internationalement reconnu sur la location de phonogrammes incorporant leurs oeuvres.

CONCLUSION

Avec d'autres commentateurs (*cf.* M. le Professeur FRANÇON, *RIDA* 172, avril 1997, p. 3), il nous semble que, malgré des silences (droit de reproduction, non suppression des licences obligatoires permises par la *Convention de Berne*) et des rédactions maladroitement (droit de location

sur les phonogrammes), le *Traité sur le droit d'auteur* de l'OMPI constitue un résultat honorable dans la mise à jour du droit d'auteur international. En particulier l'article 8 sur la transmission en ligne est une avancée positive. Les futurs travaux en matière de propriété intellectuelle applicable aux bases de données permettront de préciser et de moderniser le droit d'auteur dans le domaine numérique.

On demeurera plus réservé devant la dualité des autorités internationales désormais en charge du "pilotage" du droit d'auteur international dans les eaux de la modernité et de la mondialisation. La dualité entre l'OMC et l'OMPI peut être rapprochée d'une autre dualité: les rôles respectifs des États-Unis d'Amérique et de l'Union européenne dans la conduite de l'évolution du droit d'auteur. Il est clair que, pour les États-Unis, une autre conception que celle du droit d'auteur d'entreprise doit être qualifiée de "romantique", terme qui ne semble pas devoir être regardé comme un compliment. Jusqu'à présent au moins, l'Union européenne montre qu'elle sait prendre en compte la dimension humaniste et culturelle du droit d'auteur sans nier d'incontournables réalités économiques.

[8] André Kéréver, 1997.

" Ex-conseiller d'État, membre d'honneur de l'ALAI et rédacteur en chef adjoint de la *R.I.D.A.*

[1. En fait, les États-Unis d'Amérique, bien qu'ayant adhéré à la Convention de Berne, ne s'estiment pas liés par l'article 6]bis instituant le droit moral de l'auteur.

[2. Accord dénommé] "Aspects du Droit de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce " (ADPIC) et Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIP's).

[3. Sur les rapports entre droit d'auteur et traités de commerce,]cf. Silke Von LEWINSKI, "The role of copyright in modern international trade law ", RIDA 161, Juillet 1994, p. 5.

[4. Il est vrai qu'on pourrait interpréter l'article 2]'5 non dans le sens de l'exclusion de certains recueils de la protection, mais comme voulant souligner que la protection du recueil est distincte et indépendante de la protection éventuellement due aux oeuvres incluses dans le recueil.

[5. Par cet arrêt, le droit a été considéré comme épuisé alors que la première vente a eu lieu dans un pays dont la législation admettait un régime de licence légale. Mais, formellement, l'auteur avait autorisé cette première commercialisation, et la CJCE subordonne l'épuisement du droit à la condition que la première vente ait été accomplie]"avec le consentement de l'auteur ".

[6]. Sur l'arrêt *Magill*, cf. le commentaire approfondi de MM. Hugues CALVET et Thierry DESURMONT, "L'arrêt *Magill*: Une décision d'espèce? ", RIDA 167, Janvier 1996, p. 3.

[7]. D'après le '2 de l'article 9, les législations nationales des États parties ont "la faculté de permettre la reproduction (des oeuvres protégées) dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ".

[8]. L'extension du 2^e alinéa de l'article 9 CB à tous les droits prévus par la Convention, décidée par l'ADPIC, est également prévue par le "Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur " commenté ci-après.

[9]. Article 20 de l'Acte de 1971 de la Convention de Berne: "les gouvernements des États de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers en tant que ces arrangements conférerait aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la

Convention ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention".

[10]. La Conférence diplomatique a adopté également quelques "déclarations communes" commentant certains articles. Pour la portée de ces "déclarations", se référer à l'article 31 du Traité de Vienne (convention sur le droit des traités). Pour être considérée comme partie intégrante du Traité, une déclaration ne peut porter que sur une disposition du Traité qui n'est pas claire et nécessite une interprétation. Elle doit avoir été adoptée à l'unanimité des parties contractantes. Bien entendu, elle ne peut prévaloir contre le texte même du Traité. Sont à signaler spécialement les "déclarations communes":

- ad article 1: première phrase, adoptée à l'unanimité: l'article 9 CB est applicable à l'environnement numérique. Seconde phrase, adoptée à une très large majorité: le stockage d'une oeuvre en mémoire d'ordinateur est une reproduction au sens de l'article 9 CB.

- ad article 7 CB adopté à l'unanimité: l'article 7 n'oblige pas un État dont la législation n'investit pas les auteurs "de droits sur les phonogrammes" à attribuer un droit de location sur les phonogrammes aux auteurs.

On a montré que, sur ce point, il n'est pas évident que l'article 7 donne matière à interprétation. En outre, ne pas reconnaître aux auteurs "des droits sur les phonogrammes" est manifestement contraire à l'article 9 CB, qui est un "arrangement" au sens de l'article 20 CB, puisque l'enregistrement d'une oeuvre protégée sur un phonogramme donne évidemment prise au droit de reproduction.