

- Université de Nantes -
Faculté de droit et de sciences politiques

Le traitement national
dans la convention de Berne

Mémoire établi pour le diplôme d'études approfondies en
propriété intellectuelle,

Sous la direction de Monsieur André Lucas

Présenté et soutenu en juin 2004 par

Emilie Bouchet

Sommaire

Introduction

Chapitre I : Le concept du traitement national

Section 1 : Epuration du concept du traitement national

Section 2 : Comparaison avec les autres techniques
d'assimilation des auteurs

Section 3 : Complémentarité avec les techniques de discrimination

Chapitre II : Le champ d'application du traitement national

Section 1 : Les droits contenus dans le traitement national

Section 2 : Les œuvres donnant lieu au traitement national

Section 3 : Les personnes bénéficiaires du traitement national

Article 5§1 de la convention de Berne :

« Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux. »

1. Le principe du traitement national. Première définition. Ainsi posé par la convention de Berne en son article 5§1, le principe du traitement national enjoint à tous les membres de l'Union instituée d'accorder aux auteurs étrangers la jouissance des mêmes droits qu'à leurs nationaux¹.

Pour bien apprécier sa signification, il faut en planter le décor : on ne s'intéresse ici qu'aux situations internationales, et parmi elles, qu'à celles où une personne étrangère demande au tribunal d'un for la protection de ses droits. Quelques soient les autres circonstances de l'espèce (lieu de la première publication, de la contrefaçon, nationalité du contrefacteur...), le seul élément d'extranéité qui nous concerne est la nationalité étrangère du demandeur en protection². Niboyet définit la condition des étrangers comme l'étude des « cas où la jouissance des droits est influencée par l'extranéité des personnes... »³.

L'enjeu de l'article 5§1 est l'accès à la protection juridique : il pose que si les nationaux sont en mesure de l'invoquer, alors les étrangers ne peuvent en être tenus à l'écart. Le contraire reviendrait à les frapper d'une incapacité de jouissance. Le dix-neuvième siècle a connu une forme radicale de cette incapacité, nommée la « mort civile », qui privait le sujet de tous les droits civils. Transposée en matière de condition des étrangers, elle s'apparenterait à la non-naissance. L'article 5 de la convention de Berne interdit aux signataires d'en user de la sorte avec les auteurs étrangers ressortissants d'un pays unioniste. Ce principe est encore nommé « principe d'assimilation de l'étranger au national », ce qui exprime bien l'idée d'identification de l'un à l'autre.

2. Droit naturel ou droit positif ? Le droit des auteurs ne se nourrit pas du seul droit naturel de propriété ; le soutien du droit positif leur est nécessaire, voire essentiel. Bien qu'ils

¹ L'étranger qui nous intéresse est celui qui n'a pas la nationalité du for - qu'il ait celle d'un pays tiers ou qu'il soit apatride - mais qui se trouve sur son sol. Par « auteur étranger », nous entendons : l'auteur étranger ressortissant d'un pays unioniste. Les étrangers absolus seront désignés par l'expression : « auteur ressortissant d'un pays tiers ».

² Qu'il soit demandeur ou défendeur à l'instance.

³ ... ou « par leur domicile ou le siège de leur entreprise ». J.-P. Niboyet, *La condition des étrangers, Traité de droit international privé français*, tome II, Librairie du Recueil Sirey, 1951, n°583.

y prétendent, ils ne peuvent être considérés comme un fait s'imposant au pouvoir public : ils ont besoin de l'assise du droit⁴. « La matière fait partie, au premier chef, du droit public français », écrit Niboyet⁵. Bien plus : M. Terré note que Ducrocq exposa longtemps les règles de la propriété littéraire et artistique dans son *Traité de droit administratif*⁶ ! L'autorité publique décide de l'ampleur des droits des auteurs sur leur œuvre, et plus encore de ceux dont pourront jouir, sur son territoire, les auteurs étrangers. La logique des incapacités frappant les étrangers relève donc de la théorie de la souveraineté.

3. Intérêts subjectifs et intérêts nationaux. Les auteurs étrangers sont-ils pour autant les jouets du souverain, tributaires de sa capricieuse magnanimité ? La matière relève-t-elle du droit des gens ou de l'intérêt national ? Les esprits les plus optimistes feront coïncider les deux aspirations⁷. Les autres les feront lutter l'une contre l'autre, et verront leur ligne de front déterminer l'étendue du traitement national. Il nous sera donné plus loin l'occasion de prendre parti, mais contentons-nous ici de souligner la double et antinomique inspiration du traitement national : respect des droits subjectifs, et satisfaction des intérêts nationaux.

4. La territorialité et la personnalité des droits. Il n'est pas étonnant que, dans ces conditions, la situation juridique des étrangers ait longtemps souffert de la conception exclusivement territoriale de la loi et de l'indigence de la coopération internationale. La possibilité d'appliquer une loi étrangère ne surgit que tardivement. Ne reconnaissant pas de légitimité extra-territoriale au droit de leurs voisins, les tribunaux du for n'avaient pour choix que d'appliquer leur propre droit - ou de le refuser⁸.

A l'intérieur de ses frontières, il appartient encore au souverain de réserver le bénéfice du droit à la seule communauté qui lui a fait allégeance, qui a passé avec lui un « contrat social » ou qui, du moins, a choisi de s'unir en une nationalité⁹. Outre sa limite territoriale, la compétence de la loi a une limite personnelle. La présence de l'étranger, de son œuvre, ou

⁴ L'arrêt réglementaire du 30 août 1777 établit le privilège de librairie comme une « grâce, fondée en justice ». Cité par A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} édition, 2001, n°7.

⁵ J.-P. Niboyet, *op.cit.* note 3, n°585.

⁶ F. Terré, *RCDIP* 1960, p. 362-370, à la p. 363, note sous l'arrêt dit du Rideau de fer, que nous aborderons plus bas, § 9. C'est dire que « le juste triomphe des hommes de lettres n'avait pas effacé complètement la conception d'un monopole artificiel, d'origine administrative » !

⁷ « Ce n'est pas sans s'être soucie de leur propre intérêt que les Etats respectueux du travail de l'esprit ont patiemment, obstinément uni leurs efforts pour assurer le triomphe du principe dit d'assimilation. Ils sont, en effet, parvenus, non à détruire, tout au moins à atténuer le "nationalisme intellectuel"... », H. Desbois, *Les conventions de Berne et de Genève relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques*, *AFDI* 1960, p.41-620, à la p.55. Niboyet raille, lui, le « catéchisme d'évangélisation du monde entièrement dépourvu de toute considération tirée de l'intérêt de chaque Etat », *op.cit.* note3 n°595.

⁸ Sur ce principe de la souveraineté territoriale : W. Nordemann, *Le principe du traitement national et la définition des œuvres littéraires et artistiques*, *DA* octobre 1989, p.318-323, à la p. 319.

⁹ On reconnaît ici la théorie du pouvoir élaborée par Jean-Jacques Rousseau, dans son fameux *Contrat social*, édité en 1762, puis celle d'Ernest Renan, dans une conférence faite à la Sorbonne en 1882 : « qu'est-ce qu'une nation ? ». Le sujet ne nous intéresse toutefois que pour expliquer le rejet de tout étranger, qui a choisi sa propre nationalité, et s'est donc aliéné le bénéfice des autres.

d'actes y relatifs sur le territoire n'emporte *ipso facto* pas son application. L'étranger et son patrimoine peuvent bien être maintenus hors de l'emprise du droit¹⁰.

5. Importance de la contrefaçon internationale. L'histoire de la propriété littéraire et artistique s'est donc longtemps nourrie de celle de la contrefaçon internationale. La pratique en fut intense, par exemple, en Belgique, avec les œuvres françaises, ou encore aux Etats-Unis d'Amérique (U.S.A.), avec les œuvres anglaises. Elle le fut si bien qu'Alcide Darras a pu plaisanter sur le fait que « l'index de la police parisienne fut presque le catalogue de la librairie bruxelloise », mais en arrive tout de même à la consolante constatation qu'« en notre espèce, à tous les points de vues, l'idée de justice fait chaque jour de nouvelles conquêtes »¹¹, ce que nous nous proposons de vérifier immédiatement, en retraçant, le plus brièvement possible, l'histoire de la condition des étrangers.

6. Histoire de la condition des étrangers en France. A la faveur des Lumières, la propriété littéraire et artistique fut théorisée et revendiquée par un mouvement d'écrivains et de libraires. Bien que souvent rivaux économiques, ils y trouvaient un intérêt commun : l'élévation des œuvres de l'esprit au rang d'objets de propriété, dignes d'une protection juridique aussi forte et incontestable que celle de la propriété corporelle. Les lois révolutionnaires des 13-19 janvier 1791 et des 19-24 juillet 1793, qui répondaient à cette revendication, ne délimitaient pas leur propre champ d'application : elles ne mentionnaient les auteurs étrangers ni pour leur reconnaître le droit de propriété littéraire et artistique, ni pour le leur interdire.

La période napoléonienne fut, en revanche, plus attentive à leur condition. Il en résulta, d'une part, le code civil, et son article 11 - toujours en vigueur - , et d'autre part, le code pénal, dont les articles 425 à 428 –aujourd'hui abrogés– régissaient les délits de contrefaçon.

7. L'article 11 du code civil. Quant à l'article 11 du code civil, il était promis à de nombreux avatars, et à une mort progressive¹². Il n'est aujourd'hui d'application que résiduelle, mais éclaire, par sa propre histoire, celle de la condition des étrangers en propriété littéraire et artistique. Disposant que « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet

¹⁰ L'hypothèse est, aujourd'hui, un cas d'école. Même si aujourd'hui, la plupart des lois nationales ne s'adressent qu'à leurs ressortissants, il faut prendre garde à n'y voir que des règles unilatérales de résolution des conflits de lois, et non pas des dispositions relatives à la condition des étrangers. J.-S. Bergé, J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, n°201 et suivants.

¹¹ A. Darras, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1887, n°117 bis.

¹² « Les lois spéciales l'ont petit à petit de sa substance. Il est le témoin vieilli d'une époque passée. » Niboyet, *op. cit.* note 3, n°601.

étranger appartiendra », il pose en principe la réciprocité diplomatique. Le critère est simple et aisé à prouver. Il pêche cependant par son aveuglement à la situation réelle des Français à l'étranger, au fossé qui, parfois, se révèle entre les termes d'une convention et sa mise en œuvre.

L'un des termes de la disposition a connu diverses interprétations. Il s'agit de l'expression « droits civils », dont il a été soutenu tantôt qu'elle recouvre tous les droits reconnus par les lois civiles aux particuliers, tantôt (position intermédiaire) qu'elle désigne les droits qui n'existent que dans la loi, par opposition aux droits naturels, tantôt, enfin, qu'il faut n'y entendre que le droit d'aubaine, « droit civil » au sens le plus strict. Tout doute à l'égard de la propriété littéraire et artistique aurait dû être levé par le décret du 5 février 1810 sur la librairie, qui permettait aux auteurs, « soit nationaux, soit étrangers », de céder leur droit à un tiers. Ces trois positions¹³ ont successivement connu la consécration de la jurisprudence, dans l'ordre d'une faveur croissante aux droits des étrangers. La plus large fut la dernière à triompher, dans un arrêt dit « Lefait »¹⁴, repris, en matière de propriété littéraire et artistique, par celui du « Rideau de fer », rendu par la Cour de cassation, le 22 décembre 1959¹⁵. La Cour y déclare que « les étrangers jouissent en France de tous les droits privés qui ne leur sont pas refusés par une disposition expresse¹⁶ ; qu'aucun texte ne prive les auteurs étrangers d'œuvres littéraires ou artistiques publiées ou représentées originellement hors de France, comme en l'espèce, de la jouissance en France du monopole d'exploitation résultant d'un droit d'auteur ». Le sens actuellement donné à l'article 11 du Code civil est opposé à sa lettre, mais il est l'aboutissement d'une évolution conforme à celle de l'état des esprits.

8. Les articles 425 à 428 du code pénal de 1810. Dans le domaine particulier de la propriété littéraire et artistique, la controverse était née de la question de l'interprétation des articles 425 à 428 du code pénal. L'un d'eux : l'article 426, traitant du délit d'introduction en France d'ouvrages contrefaits à l'étranger, soumettait la répression à la condition d'une première impression en France. Les juridictions considérèrent que cette condition valait pour les autres délits de contrefaçon. Cet artifice concerne-t-il réellement la condition des étrangers ?¹⁷ Ne relève-t-il pas plutôt de la question de la compétence de la loi française ? L'orthodoxie juridique exigerait que l'on considère que cette condition détermine

¹³ Dont les partisans respectifs sont Demolombe, Aubry et Rau, et Demangeat et Valette.

¹⁴ Civ. 27 juillet 1948, *RCDIP* 1949, 75, note Batiffol.

¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 22 décembre 1959, soc. Fox-Europa contre soc. Le chant du Monde.

¹⁶ Attendu reprenant celui posé par l'arrêt Lefait, cité note 10, pour tous les droits civils.

¹⁷ L'extension, par la jurisprudence, de la condition de première impression en France, à l'article 425 du code pénal, « frappait principalement les étrangers. Cette circonstance a donc incité les esprits à croire que le problème discuté concernait la condition des étrangers. » Saint-Marc Girardin considérait, par exemple, que la contrefaçon qui en résultait était devenue un « droit d'aubaine appliqué aux vivants ». F. Terré, *op. cit.* note 6, p.362.

l'applicabilité de la loi française, et non pas le principe de la protection de l'auteur étranger. Elle commande que l'on établisse d'abord si la loi française reconnaît aux auteurs étrangers le droit de protéger leurs œuvres – question à laquelle la propriété littéraire et artistique répond affirmativement –, pour ensuite choisir la ou les lois qui régiront le litige – celle du pays de protection, du pays d'origine, ou la loi personnelle... Mais la propriété littéraire et artistique souffre tout particulièrement de la confusion des étapes successives du raisonnement propre au droit international privé. Il a pu arriver que des juges déclarent que, la loi française ne pouvant accorder sa protection dans leur litige, aucune autre loi ne pourra, non plus, y pourvoir¹⁸. Si ce n'est la loi du for, ce ne sera aucune autre, et l'auteur sera sans recours¹⁹. La question de la condition des étrangers avait annexé celle du conflit de lois, de sorte que la suite de son histoire, en droit français, se nourrit du décret du 28 mars 1852. Ses rédacteurs avaient supprimé, pour le délit de reproduction contrefaisante d'œuvres littéraires, musicales ou plastiques, la condition de première impression en France. Quant au délit de représentation illégale de ces œuvres, le décret ne s'y intéressait pas, car nul, jusque-là, n'avait voulu y étendre la condition si controversée. C'était donc encore une possibilité, et une tentation²⁰. « D'astucieux juristes »²¹ y cédèrent, suivis par la Cour de cassation, dans le fameux arrêt Verdi, rendu par la chambre des requêtes, le 14 décembre 1857.

9. Le contexte du revirement jurisprudentiel. Des textes imprécis ou incomplets, des juges indécis, tendant à leur étroite exégèse... Telle fut la situation de la condition des étrangers jusqu'à l'arrêt du Rideau de fer²². D'où est venu ce changement de cap jurisprudentiel ?

« Ce n'est nullement par voie d'interprétation extensive du décret de 1852 que la pensée juridique française a été conduite dans cette direction favorable aux auteurs étrangers (comme du reste également aux auteurs français). Au contraire, elle s'est engagée dans cette voie en faisant abstraction de ce texte pénal et de son exégèse, pour n'en retenir que l'inspiration si nettement libérale. »²³

La fin du dix-neuvième siècle vit la naissance des deux grandes unions internationales relatives à la propriété intellectuelle : l'Union de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, et l'Union de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des

¹⁸ Par exemple : Cass. Crim., 17 nivôse an XIII, S., 1804-1805.2.232, cité par F. Terré, *op. cit.* note 6 : « La loi du 19 juillet 1793, concernant les contrefaçons, ne peut être applicable qu'aux ouvrages faits par un français, contrefaits par un autre français, et non à des ouvrages publiés par un auteur non-français dans un pays étranger. » La cour ne cherche pas si une autre loi aurait pu être appliquée.

¹⁹ « L'alternative était simple : ou protection selon la loi française, ou absence de protection, c'est-à-dire régime du domaine public. » note du Conseiller Holleaux, relative à l'arrêt précité du Rideau de fer (note 16), *Dalloz* 1960, jurisprudence p.93-97.

²⁰ Note Holleaux, *ibidem*.

²¹ Note Holleaux, *ibidem*.

²² « Pendant trois quarts de siècle, il n'y a plus eu de jurisprudence sur la question. », Holleaux, note précitée, note 20.

²³ *Ibidem*.

œuvres littéraires et artistiques, adoptée dans une ambiance quasi-messianique. Comment les juges français auraient-ils pu maintenir une jurisprudence en complet désaccord avec les engagements internationaux du gouvernement ?

10. La genèse de la convention de Berne. Dès le milieu du siècle, l'idée de la reconnaissance internationale de la propriété littéraire et artistique commençait à rassembler des militants. Bien qu'elle paraisse aujourd'hui comme un inébranlable principe, elle constituait alors une rupture avec des habitudes internationales établies, et avec la « politique d'isolationnisme de pays qui n'assuraient que la protection des droits de leurs propres auteurs »²⁴. Mais l'idée de voir dans le droit des auteurs sur leurs œuvres un droit naturel pur, existant sans même le support du droit, et s'imposant pour l'éternité, à travers les frontières, se heurtait aux exigences du pragmatisme. Plutôt que de « s'attacher, comme des enfants, à cette utopie de la perpétuité littéraire. »²⁵, celui-ci voulait que l'on reconnût un droit subjectif positif, limité dans le temps, mais uniforme dans l'espace. C'est en 1885 que fut donnée à la convention de Berne sa forme définitive, et que l'union fut nommée *Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*²⁶. Du 6 au 9 septembre 1886, les plénipotentiaires des Etats parties adoptèrent la convention, considérée, à l'époque, comme « le modèle le plus achevé des textes législatifs »²⁷.

11. Evolution du traitement national dans la convention de Berne. Plus encore que « le centre de gravité que la convention de Berne a maintenu à chaque révision »²⁸, le traitement national en fut originellement la seule règle substantielle. Il ne connut que relativement peu de réformes. La plus essentielle se fit à Berlin, en 1908, où le texte de 1886 fut allégé de la condition de respect des formalités prescrites par le pays d'origine de l'œuvre, et où l'assimilation acquit ainsi sa « réalisation la plus entière »²⁹. Ses autres modifications concernent son champ d'application, et nous les étudierons donc par la même occasion.

12. Distinction du traitement national et du minimum conventionnel. Contrairement au minimum conventionnel, le traitement national n'a pas de contenu propre. C'est plutôt, pourrait-on dire, un « concept-reflet » : il s'approprie les prescriptions respectives des lois nationales sur le droit d'auteur. Le traitement national occupe donc, entre la règle de conflit

²⁴ E. Traple et J. Barta, *La convention de Berne traverse-t-elle une crise ?*, RIDA 2/1992, p.3.

²⁵ M. Charpentier, *La prétendue propriété littéraire*, cité par A. Darras, *op. cit.* note 11, à la p.520.

²⁶ Contre l'avis de la France, qui voulait y voir figurer le terme de « propriété ». Sur la genèse de la convention et le rôle de l'Association littéraire et artistique internationale, nous renvoyons à A. Darras, *op. cit.* note 11, n°435.

²⁷ P. Wauwermans, *Le droit des auteurs en Belgique*, Société belge de librairie 1894 p.470, cité par A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz 1999, p.471.

²⁸ Shu Zhang, *De l'OMPI au GATT, la protection internationale des droits de propriété intellectuelle*, Thèse, Litec 1994.

²⁹ E. Traple et J. Barta, précité note 25, à la p.9.

de lois et le minimum conventionnel, une position intermédiaire : il est plus substantiel que la première, pure méthode, mais moins que le second.

13. Les fonctions du traitement national. Ses concepteurs lui avaient tout de même assigné une fonction d'uniformisation des droits matériels, même si elle était moins directe que celle du minimum conventionnel. Il devait faire rayonner les législations protectrices du droit d'auteur, et conduire les autres, par mimétisme ou sous la pression de leurs auteurs nationaux, à s'en inspirer³⁰ selon « un mécanisme d'égalisation “vers le haut” du niveau de la protection »³¹. Ces prédictions reposaient sur des bases trop fragiles et ne furent pas avérées. Les pays négligents sont restés insensibles aux qualités exemplaires d'un droit d'auteur fort, et y ont même plutôt vu un handicap concurrentiel. Quant à leurs auteurs, que les avantages obtenus dans les pays protecteurs devaient pousser à en exiger chez eux l'équivalent, ils sont restés plus dociles que prévu.

Le traitement national avait vocation, plus fondamentalement, à universaliser la reconnaissance des droits des étrangers. Il « donne [aux parties] le gage certain que leurs auteurs seront protégés sur un territoire beaucoup plus vaste et dans une mesure en partie beaucoup plus grande que ce n'est le cas en vertu des conventions existantes »³². Les ressortissants des pays qui ne le connaissent pas peuvent donc malgré tout en bénéficier dans les pays qui l'appliquent. Il rend la protection « indépendante de l'état actuel des rapports entre les différents pays »³³. Il ne constitue pas, en principe, un privilège mutuel, un avantage que s'accorderaient entre eux les plus méritants, mais un acquis pour tous, sans condition. Il est dû à la générosité et à l'idéalisme propres à cette fin du dix-neuvième siècle, mais qui savait malgré tout prendre une allure pragmatique, voire un ton paternaliste. Il suffit, pour l'illustrer, de s'en référer aux termes de Desbois³⁴, rappelant que « les bons exemples ne sont jamais perdus » et, citant Marcel Plaisant : « l'œuvre du droit international, c'est précisément de donner largement, sans trop compter, avec l'espoir d'être, à un moment donné, celui qui, à son tour, recevra ».

³⁰ CF discours du Français Louis Ulbach : « Messieurs, vous avez repoussé la rédaction qui nous semblait la plus simple, en même temps qu'elle était de la part de la délégation française l'expression d'un sentiment désintéressé, puisque nous offrons aux auteurs étrangers plus que nous ne recevions de leurs pays... Je tiens à faire consigner au procès-verbal ce mécompte de notre générosité.

Il nous paraissait tout simple qu'un auteur accepte les conditions du pays qui lui donne l'hospitalité ; c'était une règle facile pour les tribunaux en cas de contestation. ... Les Etats de l'Union auraient eu plus de hâte de se mettre au niveau de la France. » cité par A. Darras, *op.cit.* note 11, p.382.

³¹ E. Traple et J. Barta, *op. cit.* note 25.

³² Discours de clôture de M. le président Droz, conférence de 1885, *JDIP* 1885, 495. Cité par A. Darras, *op.cit.* note 11 p.533.

³³ E. Traple et J. Barta, *op. cit.* note 25.

³⁴ Article précité, note 7.

14. La tentative de révision. A la fin des années 1980, la convention de Berne semblait connaître le paroxysme de son succès avec l'adhésion des Etats-Unis (1989). Quelques années plus tard, pourtant, l'on pouvait lire, dans les revues spécialisées, des titres alarmants, tel « la convention de Berne traverse-t-elle une crise ? »³⁵, et un Comité d'experts travaillait déjà sur un éventuel protocole de révision. Le traitement national, « principe général qui domine le traité tout entier »³⁶, sa règle la plus conséquente, dont le succès et la pérennité font ceux de la convention elle-même, était donc, au premier chef, promis à un rajeunissement. A quelles nouvelles exigences devait-il satisfaire ?

15. Aggravation des enjeux économiques. Dans le sillage de la « société de consommation », est apparue la dite « industrie culturelle »³⁷, productrice de « produits culturels » visant à répondre à une « demande », et espérant satisfaire aux standards de l'exportation. Elle a rendu la concurrence internationale plus âpre, et modifié le contexte de la propriété littéraire et artistique : elle est désormais très mondialisée et affectée de lourds enjeux économiques. Ainsi que le suggère le recours au lexique des économistes, la matière, conçue pour être personnaliste et protectrice de l'individu, est plus que jamais attirée dans la tourmente des flux financiers internationaux, et pèse lourd dans les balances des paiements. Selon les termes de M. Astier, ancien directeur de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, « le droit d'auteur n'est plus aujourd'hui la seule affaire des spécialistes. C'est un enjeu économique mondial ». « De plus en plus de secteurs industriels utilisent cette notion pour se protéger de la concurrence »³⁸. De sorte qu'apparaît, dans un paradoxe qui lui vaut les critiques des camps opposés, la double nature du droit de propriété littéraire. Sa finalité humaniste - édifier un sanctuaire autour de la création et de son auteur - s'accorde mal, en effet, avec la facilité avec laquelle il peut être utilisé comme arme de négociation, comme objet de spéculation, aussi bien entre personnes privées qu'entre Etats³⁹. Aussi l'accord de Marrakech a-t-il intégré les droits de propriété intellectuelle, pour la première fois, aux négociations de l'Organisation mondiale du commerce⁴⁰, qui ont abouti à l'accord sur les

³⁵ E. Traple et J. Barta, *op. cit.* note 25.

³⁶ A. Darras, *op. cit.* note 11.

³⁷ Qu'illustre le « code de l'industrie cinématographique ».

³⁸ Cité par B. Edelman, *Entre copyright et droit d'auteur : l'intégrité de l'œuvre de l'esprit*, D.1990, chronique p.295.

³⁹ A. Kéréver, *La règle du traitement national ou le principe de l'assimilation*, RIDA 4/1993, p.75-131, à la p. 129 : « les Etats subordonnent la conclusion de traités internationaux à l'obtention d'avantages réciproques et malgré sa spécificité, la propriété intellectuelle n'échappe pas à ces contraintes. » Ceux qui interprètent la convention dans un sens favorable aux auteurs « s'inquiètent donc de voir apparaître, à leur détriment, un déséquilibre dans les flux internationaux de redevances. »

⁴⁰ Kerever, *Droit d'auteur et mondialisation*, 1997, publié par les Cahiers de la propriété intellectuelle sur le site www.droit.fundp.ac.be.100/gotorec0301, dernière consultation le 10 mars 2004. : « 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'œuvre créée », et, dans un article précédent, sur un ton dont on ne peut ignorer l'amère ironie : « Il n'est pas absolument

aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) – résultat de la pression des Etats-Unis, qui y voyaient un moyen d’y réintroduire des formes de réciprocité⁴¹.

Le traitement national, expression du refus de laisser la situation des auteurs étrangers dépendre des relations de leur pays de nationalité avec le pays de réception de leur œuvre, est, lui aussi, entraîné, contre sa vocation, dans la guerre culturelle. Par un paradoxal retournement, il est parfois associé aux normes commerciales de développement des industries culturelles, à l’Organisation mondiale du commerce, et à l’accord ADPIC⁴².

16. Extension du domaine du droit d’auteur. L’avancée technologique a dans le même temps conduit la propriété littéraire et artistique à protéger de nouvelles créations (produits multimédias, notamment logiciels), ainsi que de nouveaux modes d’exploitation (prêt et location,) ou d’utilisation par l’acquéreur du support (copie privée et accélération de la diffusion des œuvres grâce aux réseaux numériques), etc. Les réponses des législations à ces problèmes ont, bien entendu, reflété et aggravé leurs différences. Conçu comme un principe dynamique⁴³, le traitement national s’y applique.

17. Apparition de nouveaux instruments internationaux. Malgré l’ampleur de ces mutations, et la gravité de ces défis, le projet de réforme fut abandonné, et la science juridique montre moins de sollicitude à l’égard de la vieille Union. Quelle est la raison de cet apaisement ?

Le débat juridique s’est déplacé. Du siège de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), il s’est transféré à celui de l’Organisation mondiale du commerce, née du même traité que l’accord relatif aux aspects de droits de propriété intellectuelle touchant au commerce, le 15 avril 1994, à Marrakech (OMC). Ce nouvel instrument comprend lui aussi la règle du traitement national, et renvoie, en outre, aux obligations édictées à Berne plus d’un siècle auparavant (article 2§2). L’OMPI trouve en l’OMC une rivale, de même que les biens culturels sont mis en concurrence avec les autres biens commercialisables. La règle du traitement national de la convention de Berne est de ce fait sous la menace d’une réciprocité doublement indirecte. Elle emprunte la voie détournée de l’accord GATT-OMC –qui pourtant

impossible qu’une mesure restreignant les droits d’auteur ne soit prise en rétorsion d’un manquement allégué en matière d’échanges industriels. » in *Le GATT et le droit d’auteur international, l’accord sur les ADPIC, RTDCom* 1994, p.643.

⁴¹ Shu Zhang, *De l’OMPI au GATT op.cit.* note 28.

⁴² Ce qui inspire des pétitions telles que celle de l’association Zone Franche, dans le Bulletin de liaison du Conseil francophone de la chanson, qui « exige que l’ensemble des industries culturelles soient mises "hors Gatt" ou, pour le moins, que soit envisagé une exception générale et illimitée dont la formule soit correcte pour les exclure de l’application des principes majeurs de l’accord, à savoir : l’accès au marché, le traitement national, la clause de la nation la plus favorisée. »

⁴³ Le traitement national comprend les « droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux » (article 5 1°).

renvoie aux obligations découlant de la convention de Berne – et de négociations portant sur des marchandises qui n’ont en principe aucun impact sur la propriété intellectuelle.

Durant la même période, l’Union européenne a entrepris l’harmonisation des législations relatives au droit d’auteur, et la Cour de Justice elle-même a apporté sa contribution à l’uniformisation de la condition des étrangers, en appliquant l’interdiction des discriminations selon la nationalité au droit d’auteur⁴⁴.

Le traitement national en matière de protection des œuvres de l’esprit n’est plus propre à la convention de Berne : de nouveaux fondements formels lui ont été donnés. Faut-il y voir l’allégeance des nouveaux instruments internationaux à leur modèle, ou, au contraire, l’émergence d’une concurrence et la menace d’une dénaturation? La question, certes, peut prendre un tour polémique⁴⁵, mais nous tenterons d’en étudier avant tout les ressorts juridiques.

18. Problématique du mémoire. En somme, la vénérable pérennité du traitement national proclamé par la convention de Berne, n’a pas suffi à le graver dans le marbre. Il est au contraire, encore discutable et discuté. L’industrialisation de la culture, la dépersonnalisation du droit d’auteur, le retour de la propriété littéraire et artistique dans la spirale commerciale et la tendance à conclure des accords techniques en marge des grands principes de la coopération internationale, n’invalident-elles pas l’humanisme généreux et exemplaire des fondateurs de l’Union de Berne, décidés à poser en principe l’indifférence des législations à l’origine des personnes? Maintes circonstances menacent de frapper le traitement national d’obsolescence : est-il fidèle à sa vocation originelle ?

19. Plan du mémoire. L’une des difficultés de la réponse à cette question tient à l’incertitude du concept du traitement national, qui l’entache depuis son origine, et, nourrit à son sujet, aujourd’hui encore, des opinions plutôt divergentes. Pour juger de son évolution et de son adéquation aux nouvelles circonstances économiques que nous avons décrites plus haut, il faudra tout d’abord remonter à la source du concept : le définir tel que le veulent les principes généraux de la propriété littéraire et artistique et du droit international privé. « Tout

⁴⁴ Application de l’article 6 – devenu 12 - du traité de Rome dans un arrêt Phil Collins / Imtrat Handelsgesellschaft mbH du 20 octobre 1993, D. 1995, jurisprudence p.133-139, note B. Edelman.

⁴⁵ Notons que cette rivalité institutionnelle se superpose à une rivalité politique : « 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. » A. Kerever, *Droit d’auteur et mondialisation*, article précité note 40.

le traitement national, mais rien que le traitement national » : telle sera l'ambition de notre première partie, intitulée « le concept du traitement national dans la convention de Berne ».

La seconde branche de la réponse consiste à apprécier l'évolution de son objet. Nous l'avons vu (§12) : le traitement national est un concept à tiroirs. Son contenu s'identifie à celui, sans cesse enrichi, des législations nationales sur le droit d'auteur. L'apparition de l' « industrie culturelle » et de ses « produits » a donc eu sur lui le même impact que sur le droit d'auteur substantiel. Lorsque celui-ci se trouve augmenté, ou amputé, de nouveaux droits, sur de nouvelles œuvres, celui-là voit son champ d'application d'autant modifié. Notre seconde partie se voudra saisir un instantané de ce champ d'application apparemment insaisissable, et sera donc nommée « le renouvellement du champ d'application du traitement national dans la convention de Berne ».

Chapitre I

Le concept du traitement national

20. Définition positive. Positivement, le traitement national doit être défini comme le traitement égal des auteurs étrangers et des nationaux, ainsi que nous l'avons vu en introduction. Prenons-en pour illustration cet arrêt, qui énonce que : « s'il n'est pas permis d'affirmer que tous les étrangers ont droit de recevoir application de la loi du 21 septembre 1951, un tel bénéfice ne peut être refusé aux étrangers protégés par la convention de Berne en raison de la règle d'assimilation de l'étranger au national »⁴⁶. Il fait bien apparaître que, sans l'intervention correctrice du traitement national de la convention de Berne, l'étranger concerné risquait fort de se trouver débouté.

21. Nécessité d'une définition négative. Cette définition, toutefois, ne peut suffire à donner à la notion de traitement national des contours significatifs. Pour la compléter, une analyse négative du concept s'impose. Nous nous livrerons donc, dans la suite de ces développements, à sa définition par élimination. Que n'est pas le traitement national ? Tel sera le fil directeur de cette première partie. Il nous faut tracer méthodiquement les confins du concept étudié et des concepts avoisinants, pour comprendre en quoi il consiste véritablement.

Cette démarche est d'autant plus nécessaire que la notion de traitement national, empruntée au droit international privé, a été quelque peu malmenée depuis son introduction dans la propriété littéraire et artistique par la convention de Berne :

- Bien que n'aspirant qu'à régir la condition des auteurs étrangers, elle a été parasitée par d'autres techniques du droit international privé, qui, invoquées par hardiesse juridique – ou par négligence – sont venues s'y dissoudre et lui donner des proportions outrées. Il faudra donc l'en débarrasser.

- Inauguré en propriété littéraire et artistique par la convention de Berne, elle fut reprise dans les traités subséquents – tantôt à l'identique, tantôt affectée des modifications qu'exigeait la conjoncture politique et économique, tantôt, plus simplement, marquée de la philosophie singulière du traité. Il faudra donc comparer le traitement national de la convention de Berne avec les autres techniques d'égalisation des conditions respectives des nationaux et des étrangers.

⁴⁶ CA paris, 4ème ch. 1 mars 1996, *RIDA* 3/1996 .

- Enfin, l'assimilation ne se conçoit que par opposition à la discrimination. Le succès de la première n'entraîna pas, toutefois, la totale déconfiture de la seconde. Les deux techniques, dont les logiques sont symétriquement opposées, paraissent s'exclure. Nous verrons qu'elles entretiennent plutôt une complémentarité, et qu'elles cohabitent efficacement.

22. Plan. Nous procéderons donc tout d'abord à l'épuration du concept du traitement national (A), puis à sa comparaison avec les autres techniques d'égalisation de la condition des étrangers (B), et, enfin, à la démonstration de sa complémentarité avec les techniques de discrimination (C).

Section 1 : L'épuration du concept du traitement national

23. Problématique et plan. Le traitement national a pour seule vocation de régir la condition des *étrangers* ; il a pourtant été parfois invoqué sur des terrains qui ne relèvent pas de sa compétence. Quelque soit la nationalité de son auteur, une œuvre publiée pour la première fois à l'étranger peut-elle recevoir protection en France ? Quelle loi doit s'appliquer à l'étranger et à ses droits ? Bien que toutes deux tentées de trouver leur solution dans l'expression « *traitement national* », ces deux questions doivent faire l'objet de développements distincts, visant à réfuter l'application du principe d'assimilation aux œuvres (1) et au conflit de lois (2).

1- Réfutation de l'application du traitement national aux œuvres

24. L'objet complexe de la propriété littéraire et artistique. L'objet de la propriété littéraire et artistique *est* complexe : elle ne s'intéresse pas qu'à la personne des auteurs, mais à la relation qu'ils entretiennent à l'égard de leur œuvre. Cette particularité entache, par ricochet, l'objet du traitement national, et le balancement du droit, d'un pôle à l'autre de cette relation, engendre la tentation d'appliquer le principe d'assimilation aux deux, substituant ainsi, occasionnellement, les œuvres aux auteurs. Le traitement national signifierait alors que les œuvres publiées à l'étranger sont susceptibles d'être protégées, au même titre que les œuvres publiées dans le pays dont la loi est appliquée.

25. *Apparitions de la loi du pays d'origine.* La confusion est ancienne. L'interprétation des articles 425 à 428 de l'ancien code pénal tient sa part, nous l'avons vu en introduction (§9), par un subtil glissement, dans l'histoire de la condition des étrangers en France, alors que leur critère d'admission à la protection ne fondait pas la discrimination sur la nationalité des auteurs, mais sur le lieu de première impression ou de première représentation des œuvres⁴⁷. Dans la convention de Berne, les renvois à la loi du pays d'origine, comme de celui de la « nationalité de l'œuvre » plutôt qu'à celle du pays de protection sont souvent analysées comme mettant en œuvre, entre les deux pays, un mécanisme de réciprocité. Ainsi l'ont été l'exigence d'« accomplissement des conditions et formalités prescrites par le pays d'origine », qui a accompagné le traitement national jusqu'à la révision de Berlin, en 1908, mais encore aujourd'hui les diverses manifestations de cette loi, pour la durée de la protection (a. 7§8), et pour la protection des dessins et modèles (a.2§7), dont nous verrons plus bas qu'elles sont abusivement considérées comme des exceptions au traitement national. Le principe d'assimilation voit, d'ailleurs, son effet étendu au pays d'origine de l'œuvre par l'article 5§3 – précision qui n'aurait aucun sens s'il fallait considérer que le traitement national s'applique aux œuvres.

26. *L'article 2 de la convention universelle sur le droit d'auteur.* La plus claire expression de cette tendance se trouve dans la convention universelle sur le droit d'auteur. Cette convention fut adoptée, longtemps après la convention de Berne, sous l'empire d'une motivation relativement paradoxale : l'ancienne convention, trop protectrice, repoussait de fait maints pays qui, candidats à la coopération internationale, ne pouvaient - ou ne voulaient pas, pour autant, souscrire à ses hautes exigences. La convention universelle sur le droit d'auteur, adoptée le 6 septembre 1952 pour y remédier, reprend le principe du traitement national dans son article 2, et ne l'accompagne que de prescriptions substantielles minimales. L'article dispose que :

« 1° Les œuvres publiées des ressortissants de tout Etat contractant ainsi que les œuvres publiées pour la première fois sur le territoire d'un tel Etat jouissent, dans tout autre Etat contractant, de la protection que cet Etat accorde aux œuvres de ses ressortissants publiées pour la première fois sur son propre territoire, ainsi que de la protection spécialement accordée par la présente convention. », et que :

« 2° Les œuvres non publiées des ressortissants de tout Etat contractant jouissent, dans tout autre Etat contractant, de la protection que cet autre Etat accorde aux œuvres non publiées de ses ressortissants, ainsi que de la protection spécialement accordée par la présente convention. »

Le parallélisme de ces paragraphes avec l'article 5§1 de la convention de Berne est évident. Ils font appel, comme lui, au lexique de la jouissance de la protection, et s'achèvent,

⁴⁷ Dans sa note précitée, note 19, le conseiller Holleaux parle d'ailleurs de la distinction entre « œuvres nées en France ou à l'étranger ».

de même, sur la reconnaissance de la protection spéciale souvent nommée le « minimum conventionnel », selon une construction binaire : traitement national, puis protection conventionnelle. Mais le traitement national y est détourné ; il ne vise pas les personnes, mais les œuvres. Il s'agit alors de *leur* condition, de *leur* accès à la jouissance de la protection. Il y a là un dévoiement : il suggère l'existence d'une « condition des œuvres étrangères », qui induit une « nationalité des œuvres », et les considère tels des sujets de droit, susceptibles de « jouir » de leurs prérogatives. Il apparaît bien que ces expressions sont impropres : les œuvres n'ont pas de nationalité, pas de personnalité juridique pour jouir de droits subjectifs. La « condition des œuvres étrangères » n'existe pas.

27. Conséquences de la réfutation. La réserve du traitement national à la condition des personnes le rend inopérant envers les discriminations fondées sur l'origine de l'œuvre. Il ne peut donc, par exemple, s'opposer à des clauses profondément discriminatoires, mais non fondées sur la nationalité, telle la *manufacturing clause* américaine (abrogée par le *Copyright Act* de 1976), exigeant qu'une œuvre, pour être protégée, soit non seulement imprimée aux Etats-Unis, mais aussi que soient employés, pour l'impression, des machines et des caractères produits sur le territoire américain⁴⁸.

En bonne logique, il ne devrait pas, non plus, pouvoir annuler le refus aux auteurs, artistes-interprètes ou producteurs de phonogrammes et vidéogrammes fixés pour la première fois à l'étranger, du droit à rémunération pour copie privée. L'article L.311-2 du code de la propriété intellectuelle se soumet pourtant, *in limine*, à l'effet des conventions internationales, qui posent le principe du traitement national. Si cette réserve ne peut s'opposer à la discrimination fondée sur le lieu de première fixation, elle semble bien impliquer que cette discrimination ne concerne que les étrangers non bénéficiaires d'une telle convention. Pour donner un sens à sa première proposition, il faut donc lire ainsi l'article L.311-2 : « Les auteurs, artistes-interprètes, et producteurs étrangers non bénéficiaires du traitement national n'ont droit à rémunération pour copie privée que pour les phonogrammes ou vidéogrammes fixés pour la première fois en France ». Une telle (re)lecture de la disposition satisfait à la logique juridique et politique de la loi⁴⁹.

28. Conclusion. Parangon du métissage juridique, l'article 2 de la convention universelle sur le droit d'auteur emprunte aussi à la logique de la résolution des conflits de lois, en distinguant les œuvres publiées des œuvres non publiées. La prétendue « condition

⁴⁸ Cité par Z. Radojkovic, avocat à Belgrade, *RIDA* 2/1982.

⁴⁹ Voir A. et H.-J. Lucas, *op.cit.* note 4, n°924.

des œuvres » tire le principe d'assimilation vers la question de la loi applicable⁵⁰ : on parle alors d'« assimilation conflictualiste »⁵¹, bien que l'expression n'ait pas plus de légitimité juridique que celles que l'on vient de réfuter.

2- La réfutation de l'application du traitement national au conflit de lois

29. Confusion de la condition des étrangers et du conflit de lois. Une partie de la doctrine adhère à l'idée selon laquelle l'article 5§1 de la convention de Berne propose sa propre solution au conflit de lois⁵². Les auteurs étrangers et leurs œuvres doivent être *traités* de la même façon que les *nationaux*.

Pour étudier la « portée du principe d'assimilation », M. Kerever en exclut, outre la détermination du statut fiscal des auteurs et autres questions n'intéressant pas véritablement le droit d'auteur, celle de l'exploitation, notamment contractuelle, des droits, qu'il rattache à la loi du contrat, ainsi que celle du titulaire de la protection, qu'il rattache à la loi du pays d'origine⁵³. En sériant ainsi les questions de droit, M. Kerever emprunte à la technique propre à la résolution des conflits de lois, qui veut que l'on identifie les catégories de questions (titularité du droit, contenu du droit, procédure etc.), et qu'on leur applique un critère de rattachement (loi du pays d'origine, loi du pays de protection, loi du for etc.), pour pouvoir désigner la loi compétente (une loi étrangère ou la loi nationale). Il comprend donc le traitement national comme une règle de conflit de lois, et cherche à en déterminer le domaine d'application. Il se fonde pour cela sur les enseignements de l'éminent professeur Desbois, pour qui « on peut conclure que le principe d'assimilation, [...], a pour résultat de résoudre les conflits de lois inhérents aux droits d'auteur par l'application de la loi du pays où la protection est demandée »⁵⁴.

⁵⁰ Voyant dans « l'assimilation des œuvres unionistes aux œuvres nationales » une solution au conflit de lois, H. Desbois, A. Françon, A. Kerever, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, n°8.

⁵¹ Voir A. et H.-J. Lucas, *op.cit.* note 4, n° 1061.

⁵² G. Boytha analyse le traitement national comme une règle de conflit de lois, et cherche à en déduire les rôles respectifs de la *lex fori*, de la *lex loci protectionis*, etc. *Le droit international privé et la protection des droits d'auteur, analyse de certains points spécifiques*, *Dr. Auteur* 1988, p.422-438, à la p.433. Voir également H. Desbois, A. Françon, A. Kerever, *op. cit.* note 50 notamment n°8. Ou encore : J. Raynard, *Droit d'auteur et conflit de lois*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1990, n°458s, 512s.

⁵³ « Le « traitement national » ne porte que sur le contenu des droits, et non sur leur exploitation, notamment contractuelle. Pour cette exploitation contractuelle, il y a lieu de faire application du principe d'autonomie. » A. Kerever, *La règle du « traitement national » ou le principe d'assimilation*, *RIDA* 4/1993, p.75-131, à la p.89.

⁵⁴ *Les conventions de Berne et de Genève ...* article précité note 7. Ou encore, dans *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1966, n°805 : « il s'agit purement et simplement d'une règle de conflit de lois ».

Il apparaît ici que l'expression « traitement national » se prête mieux à cette équivoque qu'« assimilation de l'étranger au national » ; elle induit plus facilement en erreur⁵⁵. *Traitement* risque d'être entendu comme *régime*, et l'article 5§1, d'être lu comme une règle de conflit de lois désignant une « loi nationale » - formule vague, qui fait une bien piètre règle de conflit de lois, puisque toutes les lois sont « nationales ». L'*assimilation*, en revanche, n'obère pas l'éventualité que le litige concernant un national comporte aussi un élément d'extranéité, et conduise à l'application, à un ressortissant national, d'une loi étrangère⁵⁶.

30. Résolution de la confusion. Ainsi que nous l'avons exposé en introduction (§9), la résolution du conflit de lois n'est pourtant que la seconde étape du raisonnement de droit international privé, venant après la vérification de la capacité de l'auteur étranger à jouir de la propriété littéraire et artistique. Cette distinction, et cette chronologie, sont cruciales pour la justesse du résultat⁵⁷. La capacité de jouissance du droit est la condition *sine qua non* de son invocation devant les juridictions du for et de sa sanction. Elle est toujours régie par les lois du for ; par la suite, leur mise en œuvre sera régie par la loi désignée par les circonstances de l'affaire et par la règle de conflit de lois. « Nous insistons sur la combinaison qu'il convient ainsi de faire entre la loi française, toujours applicable à la jouissance des droits des étrangers comme tels, et les lois étrangères ou même françaises, très variables, applicables à la mise en œuvre des droits, sur le terrain du conflit de lois. »⁵⁸ M. Koumantos l'exprime de façon plus lapidaire : « Reconnaître le droit d'un étranger ne préjuge pas de la loi applicable à ce droit »⁵⁹. L'élément d'extranéité qu'est la nationalité étrangère de l'auteur doit être inopérant au stade de la vérification de l'accès du demandeur à la protection, mais il peut – et doit – produire à nouveau ses effets au moment de la détermination de la loi applicable, sans pour autant contrevenir au principe d'assimilation.

31. Jurisprudence. Certaines décisions de jurisprudence font assez pédagogiquement cette juste répartition des tâches entre le traitement national et la règle de conflit de lois. Exemple en la matière à plus d'un titre, l'arrêt dit du « Chant du Monde »⁶⁰ établit très clairement la juste succession des arguments. Alors que, dans l'arrêt de la Cour d'appel, la

⁵⁵ « Au cas d'œuvres étrangères, quel traitement doit-on leur appliquer ? Le traitement originel ou le traitement national ? Nous nous sommes prononcé en faveur du dernier parti. » A. Darras, précité note 11.

⁵⁶ En serait un exemple le cas d'un français dont l'œuvre serait contrefaite à l'étranger. La règle de conflit de lois désigne alors la loi du lieu du délit, à savoir la loi étrangère.

⁵⁷ Bien que les rédacteurs de la convention ne l'aient manifestement pas eu à l'esprit de manière impérieuse : « Les rédacteurs de la convention, comme ses premiers interprètes, n'ont pas vraiment cherché, en réalité, à dissocier [le principe d'assimilation] de la question – jusqu'alors restée dans l'ombre – de la loi à appliquer aux auteurs assimilés. » H.-J. Lucas, Jcl propriété littéraire et artistique, fasc. 1930, n°100.

⁵⁸ Niboyet, précité note 3, n°585.

⁵⁹ G. Koumantos, *Le droit international privé et la convention de Berne*, Dr.Auteur, chron. 1988, p.439-453, à la p.443.

⁶⁰ précité, note 15.

question de la condition des étrangers était « prise en tenaille »⁶¹ au beau milieu de la résolution du conflit de lois, la Cour de cassation pose tout d'abord le principe de l'accès à la protection, puis recherche la loi applicable à son exercice.

La Cour d'appel de Paris a eu, plus tard, l'occasion de rappeler aux juges de première instance que, face à une situation internationale, ils sont tenus de se référer à la convention de Berne – le Tribunal de commerce de Paris avait préféré fonder l'application de la loi française sur des motivations hasardeuses, telle l'absence de réelle différence entre les deux législations concurrentes – et que, parmi les dispositions de celle-ci, la règle de conflit de lois se trouve à l'article 5§2, et non pas 5§1. « Ce faisant, elle renvoie l'article 5§1 à sa seule vocation, qui est celle d'énoncer une règle de condition des étrangers, sous la forme du principe d'assimilation », se réjouit le commentateur de la décision, J.-M. Wallet⁶².

Il faut encore citer, en faveur de l'orthodoxie jurisprudentielle, un jugement exemplaire, rendu par le Tribunal de grande instance de Paris, dans une affaire d'importation et de débit, en France, de vêtements contrefaisant des tableaux de Magritte et fabriqués en Italie. Le Tribunal applique le raisonnement binaire classique : 1° détermination de la condition du demandeur belge : assimilation au national, à la faveur de la convention de Berne ; et 2° recherche de la loi applicable : loi du lieu où le dommage a été réalisé, à savoir la loi italienne. Voici un extrait du jugement : « attendu (...) qu'au regard de la convention de Berne en son article 5, Charles Herscovici, de nationalité belge, est assimilé au national et, de ce fait, est soumis aux dispositions du droit international privé français ; qu'en conséquence il y a lieu, en application de la loi italienne, d'accueillir la demande de Charles Herscovici. »⁶³

32. Appréciation des exceptions au traitement national. Une fois les domaines respectifs du traitement national et de la résolution du conflit de lois bien déterminés, l'internationaliste pourra faire la part des véritables exceptions au premier, sans les confondre avec celles qui relèvent de la seconde.

Sont notamment souvent recensés à ce titre, dans la convention de Berne, les articles 2§7 sur les œuvres des arts appliqués, 6 permettant de sanctionner les Etats peu protecteurs, 7§8 sur la comparaison des délais, et 14 ter §2, sur le droit de suite⁶⁴. Nous nous proposons

⁶¹ J.-S. Bergé, précité, note 10, p.178.

⁶² CA Paris, 4^{ème} ch. B, 18 octobre 1996, *JCP E* 1997, p.372.

⁶³ TGI Paris, 23 mai 1990, *RIDA* 4/ 1990, p.325.

⁶⁴ Par exemple : A. Kerever, article précité note 33, à la p.97.

W. Nordemann précise, lui, que la réciprocité étant l'exception, par excellence, au traitement national, tout ce qui en procède l'est aussi, à savoir la comparaison des délais de protection, la protection des dessins et modèles, et le droit de suite. *Le principe du traitement national et la définition des œuvres littéraires et artistiques*, *Dr.Auteur*, octobre 1989, p. 318.

Ou encore : G. Karnell : « règles de réciprocité substituées au traitement national dans des cas spéciaux », *Traitement national, copie privée sonore ou audiovisuelle et interprétation de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires ou artistiques*, in *Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p.267-283, à la p.270.

d'en apprécier la portée réelle. Il sera traité plus bas de la réciprocité, telle que mise en œuvre par l'article 6, et de la reconnaissance conditionnelle du droit de suite (condition de double protection). Quant aux articles 2§7 et 7§8, ils nous semblent plutôt procéder de la résolution des conflits de lois, et plus précisément du recours *in defavorem* à la loi du pays d'origine, ce que nous permet de déduire la constatation suivante : que la loi du pays d'origine ne peut être tenue pour une manifestation de réciprocité, puisqu'elle n'a aucun lien avec la nationalité de cet auteur, et qu'elle n'est aucunement appelée à fin d'évaluation de la condition des auteurs du for dans le pays de l'auteur étranger. Un autre argument s'y ajoute, en ce qui concerne l'article 7§8 : bien qu'initialement accolé au principe du traitement national (dans la version de 1886), il en fut séparé par la révision de Berlin, en 1908, ce qui semble dénoter une volonté de clarification, de distinction des domaines. Nous nous rallions donc à l'analyse qu'en fait J.-S. Bergé : ces dispositions ne font que mettre en œuvre la technique des rattachements à finalité matérielle⁶⁵.

Notons que le droit français également connaît ce dernier mécanisme ; il fut introduit dans le code de la propriété intellectuelle à l'occasion de la transposition de la directive communautaire dite « durée »⁶⁶, et concerne les auteurs étrangers à la Communauté européenne, pour leurs œuvres publiées pour la première fois hors de ses frontières. Peut-on faire la même objection à son classement parmi les exceptions ? Il renvoie, pour déterminer la durée du droit, à la loi du pays d'origine de l'œuvre. A la différence, néanmoins, de l'article 7§8 de la convention de Berne, qui applique la comparaison des délais aux ressortissants de ses adhérents, ce renvoi ne vaut que lorsque l'auteur ne ressort pas d'un Etat membre de la Communauté européenne. Le droit communautaire se comporte ici comme un droit national : il définit l'étranger comme celui qui ne ressort d'aucun Etat membre, sans y inclure celui qui a la nationalité de l'un d'eux, mais qui se trouve dans un autre. La disposition concerne donc les étrangers absolus, les étrangers au second degré (le premier désignant les étrangers ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne), et affecte leur condition, puisqu'il est explicite que la règle de comparaison des délais ne s'applique qu'à eux.

L'auteur semble d'ailleurs s'indigner de leur rattachement à la condition des étrangers, et de leur opposition au traitement national : « Alors qu'il est remarquable d'observer que, dès la fin du dix-neuvième siècle, un principe clair d'assimilation de l'étranger au national a été

⁶⁵ Au profit de la loi moins favorable : durée des droits, protection des dessins et modèles par la propriété industrielle si exclusivement permis par la loi d'origine ; au profit de la loi la plus favorable : protection des dessins et modèles par la propriété littéraire et artistique si la loi locale ne les accepte pas en propriété industrielle. J.-S. Bergé, *op. cit.*, n°462s.

⁶⁶ Directive du Conseil n°93/98/CEE du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

posé, on ne cesse, aujourd'hui encore, d'affirmer que ce principe renvoie à la compétence de la loi locale et que l'application de la loi d'origine n'est qu'une modalité de mise en œuvre de la condition de réciprocité. » Il apparaît que, dans la convention de Berne, le mécanisme dit « de comparaison des délais » et le système de protection des œuvres des arts appliqués, plus complexe, reposant en partie sur l'exigence de double protection et, pour le reste, sur la volonté de protéger malgré tout, ne peuvent prétendre au titre d'exceptions au traitement national.

33. Conclusion. « Cette volonté de tout ramener au principe d'assimilation et ici à ses limites ne correspond ni à l'esprit – ni même à la lettre – de la révision de 1908, ni à l'évolution du droit positif »⁶⁷. Nous avons donc tenté de le ramener à ses justes proportions, de le délester des problèmes de droit qui s'en revendiquent à tort : le traitement national ne concerne que les personnes, et non pas les œuvres, et n'a vocation qu'à déterminer leur capacité de jouissance en tant qu'étranger, et non pas la loi applicable à la mise en œuvre de leurs droits. Cette première étape franchie, nous pouvons aborder celle de la comparaison du traitement national avec les autres techniques d'assimilation des auteurs étrangers.

Section 2 : Comparaison avec les autres techniques d'assimilation des auteurs

34. Problématique et plan. La convention de Berne – soulignons-le une fois encore – est la plus ancienne des conventions relatives à la propriété littéraire et artistique ayant vocation universelle. Son autorité a rayonné sur les conventions qui l'ont suivie et complétée. Il nous revient, dans les développements qui suivent, de déterminer la mesure dans laquelle le traitement national de la convention de Berne les a inspirés, et en quoi ils s'en sont écartés. Nous examinerons également leur articulation avec l'ancienne convention, et le risque qu'ils lui font courir d'être supplantée. Plusieurs accords internationaux utilisent la terminologie « traitement national » (1), mais lui donnent un sens différent de celui de la convention de Berne. Le droit communautaire, lui, pose un principe de « non-discrimination », qui peut être comparé au traitement national de la convention de Berne, même si nous verrons qu'il le dépasse finalement (2).

1- Comparaison avec les autres formes de traitement national

⁶⁷ H.-J. Lucas, Jcl, précité note 57, n°107.

35. Le traitement national dans la convention universelle sur le droit d'auteur⁶⁸. Malgré les faiblesses que nous avons décelées, la formulation du traitement national retenue par la convention universelle sur le droit d'auteur contient une précaution absente de la convention de Berne : le traitement devant servir de référent à celui de l'auteur étranger est celui de l'auteur national ayant effectué la première publication de son œuvre dans le pays de sa nationalité. Cet ajout vise à écarter, dans la loi nationale dont l'application doit être étendue à l'auteur étranger, les dispositions visant à pénaliser les auteurs qui, bien que nationaux, ont effectué cette publication à l'étranger, et à ne retenir comme référent que le traitement le plus favorable que la loi nationale puisse donner.

36. Relations avec la convention de Berne. Il importe de montrer que cette reprise du principe dans la convention universelle sur le droit d'auteur n'est ni une redondance, ni une menace, face à celui de la convention de Berne. L'intention des rédacteurs de la première était de faire accéder à la coopération internationale des pays qui n'avaient pas encore ratifié la seconde, y trouvant des dispositions rédhitoires, telles que la reconnaissance du droit moral, l'interdiction des formalités... Ils gardaient à l'esprit l'antériorité et la supériorité de la seconde, et ont donc mis en place une très stricte hiérarchie entre les deux. L'article 17 de la convention universelle sur le droit d'auteur énonce que :

« 1° La présente convention n'affecte en rien les dispositions de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, ni l'appartenance à l'Union créée par cette dernière convention.

2° En vue de l'application de l'alinéa précédent, une déclaration est annexée au présent article. Cette déclaration fait partie intégrante de la convention pour les Etats liés par la convention de Berne au 1^{er} janvier 1951 ou qui y ont adhéré ultérieurement... »

Le premier alinéa ne fait, certes, que reprendre une règle générale du droit internationale, selon laquelle les conventions ultérieurement adoptées par un pays n'invalident pas ses engagements antérieurs ; mais le second est plus original : dans l'annexe mentionnée, les Etats parties, désirant « éviter tout conflit pouvant résulter de la coexistence de la convention de Berne et de la convention universelle sur le droit d'auteur », déclarent que :

« (a) Sous réserve des dispositions de la lettre (b) [*dispensant les Etats en voie de développement de cette restriction*], les œuvres qui, aux termes de la Convention de Berne, ont comme pays d'origine un pays ayant quitté, postérieurement au 1^{er} janvier 1951, l'Union de Berne ne seront pas protégées par la Convention universelle sur le droit d'auteur dans les pays de l'Union de Berne ; (...)

(c) La Convention universelle sur le droit d'auteur ne sera pas applicable, dans les rapports entre les pays liés par la Convention de Berne, en ce qui concerne la protection des

⁶⁸ Nous ne mentionnons que marginalement l'arrangement de Vienne du 12 juin 1973, concernant la protection des caractères typographiques et leur dépôt international, et qui pose, à son tour, une règle d'assimilation ainsi énoncée : « A. 5 : *Traitement national*. - 1° Tout Etat contractant est tenu d'accorder à toutes les personnes physiques et morales qui ont qualité pour invoquer le bénéfice du présent arrangement la protection dont bénéficient ses nationaux... »

œuvres qui, aux termes de cette Convention de Berne, ont comme pays d'origine l'un des pays de l'Union de Berne. »

Le (a) vise à éviter que l'adoption de la convention universelle sur le droit d'auteur ne provoque de démission massive à la convention de Berne. La sanction d'une telle défection postérieure à la date fixée consiste à désactiver la convention universelle sur le droit d'auteur à l'égard de l'auteur d'une œuvre pour la première fois publiée dans un pays démissionnaire, et à la laisser sans protection. On remarquera que la sanction s'adresse, non pas aux ressortissants du pays démissionnaire (ce qui l'aurait fait relever de la condition des étrangers), mais aux œuvres originaires de ce pays - ce qui confirme que la convention universelle sur le droit d'auteur est plus une convention de droit des œuvres que de droit des auteurs.

Par le (c), la déclaration s'achève sur une dernière précaution. Là encore, l'objet de la protection, déclenchant la mise en œuvre de la clause, semble être l'œuvre seule. Cette récurrente observation entache la qualité théorique du traitement national de la convention universelle sur le droit d'auteur, et fait apparaître les contradictions d'un traité qui, tout en s'inspirant des principes du *copyright*, reprend ce principe hautement personnaliste qu'est le traitement national.

Ajoutons, pour montrer que la convention universelle sur le droit d'auteur n'est pas pour la convention de Berne une dangereuse rivale, que la plupart de ses membres lui ont aujourd'hui, en quelque sorte, fait défection, en rejoignant cette dernière.

37. Le traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur. Quant au traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur, adopté le 20 décembre 1996, il ne peut, en aucune manière, porter ombrage à la convention de Berne, puisque ainsi que le pose immédiatement son article 1^{er}, il « constitue un arrangement particulier au sens de l'article 20 de celle-ci. Il semble, toutefois, que l'on puisse s'interroger sur la portée de son article 3 :

« Application des articles 2 à 6 de la convention de Berne. – Les parties contractantes appliquent *mutatis mutandis* les dispositions des articles 2 à 6 de la convention de Berne dans le cadre de la protection prévue par le présent traité. »

Les dispositions suivantes établissent des droits spécifiques, complémentaires de ceux que reconnaît la convention de Berne, qui s'ajoutent au minimum conventionnel, et ne sont donc pas concernées par le traitement national. Plutôt qu'au traitement national, l'article 3 se réfère probablement aux dispositions qui définissent le champ d'application de la convention de Berne quant aux œuvres (a.2), et aux personnes (a.3 et 4).

38. Le traitement national dans l'accord ADPIC. Nous avons vu qu'au moment d'entamer le monopole de la plus ancienne convention de droit d'auteur, les rédacteurs de la convention de Genève ont pris « toutes les précautions [...] pour que les chances de l'avenir ne compromettent pas les certitudes du présent »⁶⁹. En fut-il de même lors de l'élaboration des accords ADPIC dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ? Nous renvoyons aux développements de notre introduction, pour rappeler dans quelles circonstances ces accords ont été signés, et quelles rivalités ils expriment jusqu'à les exacerber (§ 19).

L'accord, annexé à celui qui instaure l'Organisation mondiale du commerce le 15 avril 1994, contient un article 3 ainsi rédigé :

« 1° Chaque membre accordera aux ressortissants de autres membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection* de la propriété intellectuelle... »

Il est important de noter que l'accord, suivant en cela la tradition juridique anglo-saxonne, énumère, dans une note de bas de page, les questions qui relèvent de la « protection », et les limite aux « droits de propriété intellectuelle dont le présent accord traite expressément ». La précision, certes, établit une sécurité juridique que la formulation imprécise de la convention de Berne ne permet pas, mais elle atténue le caractère ouvert du traitement national, dont on a vu qu'il doit, pour réaliser pleinement sa vocation d'égalisation, être dynamique.

39. Relations avec la convention de Berne. Le traitement national de la convention de Berne fait incursion dans l'accord ADPIC par trois voies : celle de l'article 2, qui exclut toute dérogation « aux obligations que les membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de [...] la convention de Berne... » ; celle de l'article 9, qui intègre les articles 1^{er} à 21 de la convention de Berne (à l'exception de l'article 6 bis) ; et celle de l'article 3, qui oppose au traitement national de l'accord la « réserve des exceptions déjà prévues dans [...] la convention de Berne ». Les deux premières, qui renvoient purement au traitement national de la convention de Berne, semblent bien entrer en contradiction avec la note explicative que nous avons évoquée plus haut. Elles renvoient à la conception ouverte du traitement national, qui dépasse les limites que l'accord lui assigne, et créent donc une incertitude quant à son champ d'application. « La portée limitée de la règle du "traitement national" instituée par l'accord ADPIC illustre la complexité de la situation nouvelle créée par la coexistence » des textes⁷⁰.

⁶⁹ H Desbois, *La convention universelle sur le droit d'auteur*, D. 1954, chron. P. 35-38, à la p.38.

⁷⁰ A. Kerever, *Le Gatt...*, article précité note 40, p.642.

40. Conclusion. Les divers avatars du traitement national que l'on trouve dans les accords internationaux qui ont suivi la convention de Berne n'ont pas même valeur. Si tous rappellent la supériorité de cette dernière, seule la convention universelle sur le droit d'auteur (et le traité de l'OMPI) la respecte effectivement. L'accord ADPIC, lui, concerne les œuvres, et vise à libérer leurs flux, tandis que la convention de Berne s'intéresse aux auteurs. Le « traitement national » qu'il retient est donc fort éloigné de celui qui fait l'objet de notre étude.

La dernière comparaison que nous suggère l'état du droit international est celle du traitement national et du principe communautaire de non-discrimination, retenu en droit communautaire, qui, à l'instar du traitement national, pose une règle d'égalité des conditions respectives des nationaux et des étrangers.

2- Comparaison avec le principe communautaire de non-discrimination

41. Incursion du traité de Rome dans le droit d'auteur. Qu'en est-il du principe dit « de non-discrimination », posé par l'article 6 du traité de Rome :

« Dans le *domaine* d'application de ce présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en fonction de la nationalité. »

La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a reconnu, en 1993⁷¹, son applicabilité au droit d'auteur et aux droits voisins, dans la mesure où ils « entrent dans le domaine d'application du Traité CEE ». Il est indiscutable qu'il pose, lui aussi, un principe d'égalité entre ressortissants nationaux et étrangers, mais il l'est également qu'il est issu d'un droit fort différent du droit international privé, et qu'il s'éloigne en cela du traitement national.

Tandis que la convention de Berne a vocation à rassembler tous les Etats du Monde, mais ne s'intéresse qu'au droit d'auteur, le droit communautaire n'a qu'une compétence géographique restreinte, mais vise à créer un marché intérieur, où transitent tous types de marchandises. La non-discrimination y joue un rôle d'intégration économique, de même que la libre circulation des biens et la libre prestation des services. C'est, selon les termes de M. Pollaud-Dullian, un « principe finalisé »⁷². La convention de Berne a donné au traitement national un rôle autonome : il y est posé pour sa valeur intrinsèque, c'est lui qui « domine le traité tout entier »⁷³.

⁷¹ Dans l'arrêt Phil Collins précité note 44.

⁷² *Du bon usage du principe communautaire de non-discrimination en droit de la propriété intellectuelle : à propos de l'affaire La Bohême, Propriétés intellectuelles*, janvier 2003, p.24 à 33, à la p.25.

⁷³ A Darras, *op. cit.* note 11.

42. Résolution du conflit du traité de Rome et de la convention de Berne. Les deux principes sont donc de nature différente et n'ont pas la même portée géographique. Ils peuvent toutefois entrer en conflit dans deux cas : dans les relations d'un Etat membre de la Communauté avec un Etat tiers, ou dans les relations des Etats membres entre eux. Rappelons préalablement que la Commission a incité les membres à adhérer à la convention de Berne, et qu'ils ont tous satisfait à son exhortation⁷⁴. L'article 307 du traité règle ses « rapports avec les autres accords internationaux » de la manière suivante :

« Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du présent traité, entre un ou plusieurs Etats membres, d'une part, et un ou plusieurs Etats tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité. (...) »

Dans l'application des conventions visées au premier alinéa, les Etats membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans le présent traité par chacun des Etats membres font partie intégrante de l'établissement de la Communauté et sont, de ce fait, inséparablement liés à la constitution d'institutions communes, à l'attribution de compétence en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par les autres Etats membres. »

Le premier alinéa traite sans équivoque du premier cas que nous avons posé. La convention de Berne prévaut dans les rapports entre Etats de la Communauté et Etats tiers. Le suivant indique clairement que les dispositions du traité, s'inscrivant dans une démarche globale d'intégration, doivent s'imposer à celles de la convention de Berne, dans les rapports entre les seuls Etats membres. La lecture *a contrario* du premier alinéa corrobore d'ailleurs cette interprétation. Entre les Etats de la Communauté, l'obligation de traitement national reste théoriquement en vigueur, mais de fait, la non-discrimination le recouvre et le dépasse.

43. Existence et exercice des droits. Ecartons tout d'abord une distinction qui semble avoir fait son temps. Il fut longtemps enseigné que la non-discrimination, ainsi, d'ailleurs, que tout le droit communautaire, ne s'intéressaient qu'aux les modalités d'exercice des droits, pour en laisser respectueusement la définition aux droits nationaux. Outre que la distinction, comme souvent, soit moins aisée en pratique qu'en théorie, elle a été, depuis, invalidée par l'extension du droit dérivé, qui s'intéresse désormais à l'existence des droits de propriété intellectuelle⁷⁵.

44. Ampleur de l'assimilation. La vraie différence entre l'obligation de traitement national et le principe de non-discrimination réside dans le degré de leurs exigences. Le second « prohibe non seulement les discriminations ostensibles » fondées sur la nationalité [*à ce stade, elle se confond avec le traitement national*⁷⁶], mais encore toutes les formes

⁷⁴ La résolution du Conseil du 14 mai 1992 prend acte de l'engagement de tous les Etats membres de ratifier l'acte de Paris de la convention de Berne, et donne mission à la Commission d'encourager l'adhésion du plus grand nombre de pays tiers.

⁷⁵ J.-S. Bergé, note sous cass. com. 26 mars 2002 et CJCE 6 juin 2002, *RCDIP* 2002, p. 771-786, à la p.780, note 2.

⁷⁶ « Très souvent, la règle de non-discrimination se traduit, dans les textes communautaires, par le principe du traitement national », *Traité instituant la CEE, commentaire article par article*, sous la direction de V. Contentinesco, J.-P. Jacqué, R. Kovar, D. Simon, *Economica* 1992, sous Article 7, n°12

dissimulées de discriminations qui, par application d'autres distinctions, aboutissent en fait au même résultat »⁷⁷. Il s'ingénie à démasquer ce que l'on peut nommer, par analogie avec une notion importante de la régulation du marché intérieur, les « mesures d'effet équivalent à celui d'une discrimination formelle à raison de la nationalité »⁷⁸. Il s'efforce de créer une égalité concrète, en annulant les conditions qui ne sont pas directement discriminatoires, mais que les nationaux ont plus de chances de pouvoir réaliser que les étrangers. Le traitement national ne va pas jusque-là. Il se contente d'établir une égalité de droit – égalité en droits. Le principe de non-discrimination invite à comparer des situations de fait, à simuler l'application de la loi nationale telle quelle, et à en corriger les effets discriminatoires : il intervient aussi « en aval » des questions de condition des étrangers et de conflit de lois, tandis que le traitement national ne se situe qu'« en amont »⁷⁹. Le droit communautaire, sur ce point, est rebelle aux concepts traditionnels du droit international privé.

45. Point commun aux deux principes. Il reste que ces deux principes ne s'attaquent qu'aux discriminations frappant les auteurs, et non pas à celles qui frappent les œuvres. Ce point commun n'est pas clairement établi en jurisprudence, mais la rigueur semble nous imposer de distinguer le traitement des auteurs de celui des œuvres, qui ne fait pas intervenir le critère de la nationalité. Les règles de double protection des dessins et modèles, ou de comparaison des délais, posées par la convention de Berne, ne sont donc pas plus dérogoires au principe de non-discrimination qu'à celui du traitement national⁸⁰. Ce point n'est toutefois pas clairement appliqué en jurisprudence. Citons l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 2002. Invitée à confronter l'article 2§7 de la convention de Berne au principe de non-discrimination, elle évite le conflit en déclarant ce dernier inopérant pour de contestables raisons⁸¹. La CJCE elle-même aurait eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de la règle de comparaison des délais et du principe de non-discrimination, dans une affaire où l'une des parties soutenait que l'article 7§8 la convention de Berne ne prend pas pour critère la nationalité, mais le pays d'origine de l'œuvre. Mais la Cour a éludé la question, et n'a examiné que des dispositions de la loi allemande qui, bien que s'inspirant de l'article 2§7 de

⁷⁷ CJCE, 3 oct. 2000, *Ferlini*, aff. C 411/98, point n°57, Rec. I p. 80-81.

⁷⁸ M. Fallon, *Droit matériel général des Communautés européennes*, Bruylant/ LGDJ, Bruxelles/ Paris, 1997, P.57 et suivantes, cité par Pinguel-Lenuzza, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, sous la direction de P. Léger, Dalloz-Bruylant, 2000, p. 206.

⁷⁹ F. Pollaud-Dullian, précité note 72, à la p. 27.

⁸⁰ « N'était la directive de 1993, elle [la règle de comparaison des délais] aurait du sortir intacte de sa comparaison avec le principe de non-discrimination. », A. et H.-J. Lucas, *Traité de propriété littéraire et artistique*, op. cit. note 4, n°1222. *Contra* : P. Kamina : « l'article 7§8 affecte donc statistiquement plus de ressortissants des autres Etats membres que de ressortissants nationaux », ce qui constitue « de toute évidence discrimination indirecte », Prop. Indus. Oct. 2002, n°72, à la p.28. Il est peut-être plus sage de ne pas franchir le pas qui sépare encore l'*indirect* du *statistique*, la statistique demeurant, même quand elle atteint des chiffres forts, un calcul de probabilité.

⁸¹ Tirées de la distinction de l'existence et de l'exercice des droits. Arrêt précité, note 75.

la convention de Berne, y ajoutaient un évident critère discriminatoire, empêchant ainsi d'y élargir la censure des juges communautaires⁸².

46. Conclusion. Le traitement national de la convention de Berne apparaît donc comme un principe abstrait et synthétique ; son objet est indéterminé, mais dynamique. Sa formulation lapidaire en était déjà l'indice, beaucoup plus lapidaire que celles de la convention universelle sur le droit d'auteur, de l'accord ADPIC, et du traité de Rome, que nous venons de passer en revue. Cette comparaison a souligné que le traitement national est, dans la convention de Berne, un principe idéaliste et humaniste de condition des personnes, alors que ses plus récentes formulations (notamment les deux dernières que nous avons citées) ont une finalité économique et commerciale évidente. Il s'avère donc qu'il diffère très sensiblement de ses héritiers - quand leurs inspirations respectives ne s'opposent pas radicalement. Nous le verrons, dans la section suivante, en opposition radicale avec les techniques de discriminations subsistant dans la convention de Berne ou dans le droit français.

Section 3 : Complémentarité avec les techniques de discrimination

47. Problématique et plan. La discrimination consiste à accorder un traitement singulier à un groupe de personnes isolé. Le critère retenu en matière de condition des étrangers est, bien entendu, la nationalité. Tout recours à la loi personnelle, pour juger de la capacité de jouissance du droit de propriété littéraire et artistique, procède d'une discrimination⁸³ et déroge en cela au principe du traitement national. On en relève deux illustrations, dont nous nous appliquerons à analyser les rapports avec ce dernier: l'exigence de double protection (1), qui ne fera l'objet que d'un bref examen, et la réciprocité (2). En sont-elles l'envers exact ? Comment cohabitent-elles, dans la convention de Berne, avec le principe d'assimilation ?

1- L'exigence de double protection dans la convention de Berne

48. La double protection et le traitement national dans la convention de Berne. Exiger la double protection d'un droit pour le mettre en œuvre dans le for signifie : exiger que ce droit

⁸² CJCE, 6 juin 2002, *Land Hessen / Ricordi et a.*, RTDCom. 2002, p.676, note A. Françon ; *Prop. Intell.* N°4, p.62, note A. Lucas ; *RCDIP* 2002, p. 771, note J.-S. Bergé, précité note 75 ; F. Pollaud-Dullian, précité note 72 ; *JCP E* 2003, chron. 1508, p. 1716, note H.-J. Lucas.

⁸³ Nous nous gardons, dans ce mémoire, d'employer ce terme péjorativement.

soit protégé à la fois dans le for et dans le pays d'origine de l'auteur. Cela vise à éviter de donner plus de droits à l'auteur étranger qu'il n'en reçoit dans son propre pays. L'article 14 *ter* §2 de la convention de Berne met ce principe en œuvre au stade de la condition des étrangers : il se réfère à la « loi nationale de l'auteur », pour décider de la « jouissance » du droit. Il déroge en cela à l'article 5§1 qui exige qu'au contraire, la loi personnelle de l'auteur soit indifférente à sa protection à l'étranger⁸⁴. Il nous semble que cet article représente la seule exception posée au traitement national dans la convention de Berne, par le mécanisme de la double protection.

Deux précautions, en effet, sont à prendre à ce sujet. Il arrive, tout d'abord, que l'on se réfère plutôt au pays d'origine de l'œuvre qu'à celui de son auteur. L'exigence de double protection, joue plutôt, dans ce cas, sur le terrain du conflit de lois. La règle de comparaison des délais de la convention de Berne (article 7§8) et le régime de la protection des dessins et modèles (article 2§7) procèdent de ce second cas.

L'exigence de double protection doit encore être soigneusement distinguée de la réciprocité. Cette dernière ne compare pas la situation de l'étranger dans le for à sa situation dans son propre pays, mais plutôt à celle des ressortissants du for dans ce pays⁸⁵. Elle met donc en balance, face à ceux de l'auteur étranger, les intérêts des nationaux du for. Sa valeur symbolique et l'histoire de son opposition au traitement national sont plus riches que celles de la double protection, ce que nous nous proposons de vérifier immédiatement.

2- La réciprocité dans la convention de Berne

49. Antinomie du traitement national et de la réciprocité. Le traitement national et la réciprocité sont les deux techniques contraires du traitement des étrangers ; ils en sont l'endroit et l'envers. La seconde consiste à n'accorder aux auteurs étrangers l'accès qu'aux droits auxquels leur loi personnelle donne accès aux nationaux, et exprime une logique rétributive (logique du « donnant-donnant ») radicalement opposée à celle du traitement national.

50. Le rôle de la réciprocité dans la convention de Berne. On peut donc s'étonner que, dans la convention de Berne, elle fasse « un retour offensif »⁸⁶, par la voie de l'article 6, qui

⁸⁴ Une certaine doctrine allemande donne à cette exception une portée plus grande encore, en estimant que le fait que la condition de double protection soit remplie ne lie pas le for, et que l'article 14 *ter* §2 laisse à la discrétion de chaque Etat la possibilité d'admettre ou non l'étranger au bénéfice de sa législation. W. Nordemann, *Le droit de suite dans la convention de Berne, Dr.Auteur*, 1977, p.324-330, à la p. 326 .

⁸⁵ C. Audoin-Tessier, note sous CA Paris, 4^{ème} ch., 29 nov. 1996, *JCP E* 1998, p. 1255.

⁸⁶ Desbois, article précité note 7, à la p.56.

en fait la sanction de la protection insuffisante, par un pays tiers à l'Union, des œuvres d'auteurs ressortissant de l'un de ses pays membres. Quel rôle devait-elle jouer ? Fut-elle ajoutée, en 1928, pour compléter le traitement national, souscrire à la même vocation – à savoir : inciter tous les Etats (membres de l'Union ou Etats tiers) à protéger efficacement les auteurs étrangers – et parachever ainsi le système de la convention ? Ou bien, plus modestement, était-elle posée comme une limite à cette règle peut-être trop généreuse qu'était le traitement national, pour réprimer les spéculations de certains pays dans lesquels « la première publication dans un pays de l'Union fait partie d'un système de politique étrangère »⁸⁷ ? Il faudrait alors reconnaître qu'elle serait née d'une inspiration étrangère aux rédacteurs initiaux de la convention de Berne et radicalement contraire à celle du traitement national : la volonté de voir dans l'auteur étranger un représentant de son pays d'origine, et de lui appliquer les rigueurs de la justice rétributrice.

Les circonstances de l'adoption de l'article 6 corroborent la seconde réponse : il est né de la volonté du Canada d'avoir prise sur les Etats-Unis, qui ne respectaient qu'insuffisamment les droits de ses auteurs. Il est paradoxal que cette disposition, d'inspiration pragmatique et conjoncturelle, n'ait pourtant jamais été mise en œuvre, et soit donc réduite à n'avoir (tout au plus) qu'une valeur symbolique. On peut affirmer que la réciprocité n'a pas prospéré dans le système de Berne, car elle n'a pas été conçue comme un principe symétrique de celui du traitement national, mais qu'il ne lui a été donné qu'une valeur purement répressive.

Une tout autre interprétation de la convention a pourtant été soutenue, donnant à la réciprocité une meilleure place. Elle soutenait que, comme tout instrument international, la convention devait valoir à ses parties des avantages réciproques, parmi lesquels aurait figuré le traitement national lui-même⁸⁸. Selon Niboyet, tandis que le traitement national est une libéralité, la réciprocité « traduit ce qui, dans un contrat synallagmatique de droit privé, correspond à la notion de cause ».⁸⁹

51. Le retour de la réciprocité en droit français. Pour des raisons voisines, la réciprocité fit également, mais beaucoup plus tard, son retour en droit français, avec l'adoption de la loi du 8 juillet 1964, applicable dès que la convention de Berne ou la convention universelle sur

⁸⁷ W. Nordemann, K. Vinck et P. W. Hertin, *Droit d'auteur international et droits voisins*, Bruylant Bruxelles, 1983, p.86, visant plutôt l'Union soviétique. Mais l'adhésion de ces pays à la convention universelle sur le droit d'auteur pouvait les mettre hors de portée de cette clause.

⁸⁸ Ostertag et Baum, cités par E. Traple et J. Barta, article précité note 24, à la p.17. D. Vaver, cité par W. Nordemann, précité note 8, à la p.318. Un jugement du TGI de Paris lisait dans l'article 4 de la convention de Berne le « principe de la réciprocité sur la base de l'assimilation » : 17 mars 1976, *RIDA* 3/1976, p. 150.

⁸⁹ J.-P. Niboyet, *op. cit.* note 3, n°596.

le droit d'auteur ne le sont plus. Animée d'une « volonté de sévérité »⁹⁰, elle revient sur la solution adoptée en 1959 par la cour de cassation, dans son arrêt dit du « Rideau de fer », que « d'aucuns avaient jugée [témoigner] d'une bienveillance excessive ». Son exigence de réciprocité trait pour trait se fonde précisément sur l'absence de traité liant les deux pays, et semble bien la sanctionner tout autant que les insuffisances de la législation étrangère⁹¹.

A la suite de cette loi, le droit français adopta plusieurs autres textes posant, « sous réserve des dispositions des conventions internationales »⁹², un principe de réciprocité. Mais leur libellé suggère que le législateur français tend à faire une lecture erronée du principe d'assimilation. Ainsi en est-il des articles L.111-4 et -5 du code de la propriété intellectuelle. Le premier est issu de la loi de 1964. Il souffre d'une rédaction peu rigoureuse : ayant été conçu comme une règle de condition des étrangers, mais rédigé comme une règle de conflit de lois, il s'annonce sur le terrain du traitement des *auteurs* étrangers, mais traite finalement de la protection des *œuvres* divulguées pour la première fois sur le territoire d'un Etat étranger, par renvoi à la *loi du pays d'origine* de l'œuvre, et rend donc inadéquate la référence aux « dispositions de conventions internationales », et notamment à l'article 5§1 de la convention de Berne. L'article L.111-5 est plus orthodoxe : il s'intéresse aux droits des *auteurs* étrangers de logiciels, en les rapportant à ceux que leur *loi personnelle* accorde aux auteurs français de logiciels. Son caractère subsidiaire au traitement national est donc plus net. Enfin, l'article L.311-2 limite la répartition des produits de la rémunération pour copie privée aux auteurs des œuvres fixées sur phonogrammes et vidéogrammes « fixés pour la première fois en France », en réservant encore les conventions internationales. Il confond l'origine du support avec celle de l'auteur de l'œuvre qui y est fixée et, en opposant le traitement national de la convention de Berne (entre autres conventions concernées) à la première, tombe dans une erreur que nous avons récusée *supra* (§24 et suivants).

52.L'usage contentieux des deux notions. Le traitement national de la convention de Berne et de la convention universelle sur le droit d'auteur devint donc dérogoratoire au droit commun français. L'applicabilité de l'une des deux conventions peut inverser l'issue d'un

⁹⁰ A. Françon, *La loi du 8 juillet 1964 sur l'application du principe de réciprocité en droit d'auteur*, RCDIP 1965, p. 279-303. « N'est-il pas choquant que, par exemple, un auteur russe soit protégé en France, alors que les auteurs français ne le sont pas en Russie ? », à la p. 281.

⁹¹ Voir l'exposé des motifs de la loi, tels que cités par Desbois, *op.cit.* note 34, n°793. Cet argument trouve une expression prétorienne dans un jugement du TGI de Paris du 29 mars 1979, RIDA 4/1979, p.164 : « la protection du droit d'auteur demeure accordée à toute œuvre, dès lors qu'elle a été divulguée et quelle que soit, en ces matières, la loi du pays de divulgation - principe de protection inconditionnelle que la France a voulu maintenir, ce qui découle de l'exposé des motifs de la loi du 8 juillet 1964, qui a eu précisément pour but de refuser cette protection aux œuvres divulguées sur le territoire méconnaissant cette règle libérale. ». Les magistrats vont jusqu'à prétendre que « la convention de Berne, dans son article 4 [aujourd'hui 5] pose le principe de la réciprocité entre adhérents ».

⁹² Ce qui désigne, dans le contexte de la condition des étrangers, l'obligation de traitement national.

litige. Aussi la cour d'appel de Paris a-t-elle retenu à juste titre que « la loi du 8 juillet 1964 [est] sans application dès lors que la France et les Etats-Unis sont parties à la convention de Berne lors des agissements argués de contrefaçon. »⁹³. A l'inverse, la chambre criminelle de la cour de cassation a refusé à des auteurs de phonogrammes l'accès à la protection française, au double motif que les Etats-Unis ne sont pas signataires de la convention de Berne, et que les phonogrammes sont exclus du champ d'application de la convention universelle sur le droit d'auteur⁹⁴.

53. La réglementation française du droit de suite. La réglementation française du droit de suite mérite une attention particulière. Elle n'en permet l'accès, aux « artistes de nationalité étrangère », que « si leur législation nationale fait bénéficier de ce droit les artistes français ». Le premier alinéa de l'article R.122-11 du code de la propriété intellectuelle traite bien de la jouissance en France du droit de suite par les auteurs étrangers, conditionnée par les dispositions de leur loi nationale à l'égard des auteurs français : c'est une expression pure du principe de réciprocité. Bien que l'article omette de réserver les obligations des conventions internationales, le traitement national de la convention de Berne semble appelé à la neutraliser au profit de tous les auteurs entrant dans son champ d'application ; mais le droit de suite fait l'objet, dans la convention de Berne, d'une disposition particulière qui le soumet à une condition de double protection (voir *supra*). Or, les dispositions spéciales priment les dispositions générales, le traitement national relevant des secondes. Quand la convention de Berne est applicable, une condition de double protection se substitue donc à la condition de réciprocité retenue par le droit commun français.

54. Réhabilitation de la réciprocité. La réciprocité, nous l'avons dit, est une technique discriminatoire, par opposition à l'assimilation, technique d'égalisation. Il importe néanmoins de ne pas attribuer l'exclusivité du progrès dans les relations internationales à l'une, et de mettre leurs ponctuelles dégradations à la charge de l'autre. L'une et l'autre constituent les réponses alternatives à un même défi : assurer la protection des droits des auteurs hors des frontières de leur Etat d'origine.

« La réciprocité est (...) ambiguë (...), tout comme l'égalité dont elle est un autre nom. Comme celle-ci, elle est à la fois une tendance, une aspiration qui dans toutes les sociétés pousse à modifier la législation, à réaliser, au-delà d'une égalité abstraite, une égalité concrète, basée sur une meilleure distribution des avantages et des charges, et de l'autre côté, un mécanisme précis, qui joue dans un cadre déterminé, afin d'assurer un équilibre donné. »⁹⁵

⁹³ CA Paris, 28 avril 1998, *RIDA* 4/1998, p.263. Notons toutefois que ce qui détermine l'application de la convention de Berne dans le temps n'est pas la date des « agissements », mais le fait que l'œuvre n'est pas encore tombée dans le domaine public : article 18.

⁹⁴ C. cass. crim., 5 janvier 1988, *RIDA* 2/1989, p. 204.

⁹⁵ Préface de Paul Reuter à la thèse d'Emmanuel Decaux, *La réciprocité en droit international*, LGDJ Paris, 1980.

Certes, lors de l'adoption de la convention de Berne, la réciprocité a-t-elle été fort dépréciée au profit du traitement national ; certes, ses tentatives de retour en 1928 et 1964 ne sont pas de grands succès. Toutefois « l'assimilation aux nationaux n'est ni à rejeter, ni à justifier *a priori* ». Il est vrai qu'elle permet aux expatriés de jouir, à l'étranger, des droits « qui sont susceptibles d'être utiles au commerce juridique en vue de ne pas les différencier des nationaux », mais « si les législations sont très distinctes dans leur contenu,(...) le système abstrait du traitement national, forfaitaire en quelque sorte, vaut un billet de loterie.»⁹⁶

55. Conclusion et transition. Bien qu'ils pourraient – c'est ce que nous avons tenté de faire entrevoir - conjuguer leurs efforts à la poursuite d'un même but, la réciprocité et le traitement national semblent bien rester, dans la convention de Berne, ennemis jurés. La première, déjà cantonnée à un rôle de pure rétorsion, n'y reçoit, de toute façon, que très peu d'applications, et le second y règne en maître, se refusant à toute compromission.

Cette conception du traitement national, pure et (quasi-)désintéressée, mais intransigeante n'a véritablement inspiré que la convention de Berne. Elle se trouve très émoussée dans l'accord ADPIC, ou encore dans le Traité de Rome, où l'assimilation est un mécanisme utilitaire, et soumis à contrepartie.

Notre première partie a tenté d'établir un concept fiable du traitement national dans la convention de Berne : l'élaboration d'une définition négative nous a permis d'identifier des écueils, que ne révélait pas la simple définition positive.

Pour rendre le concept applicable, il faut maintenant déterminer son champ d'application, le référent qui lui donne corps. L'obligation de traitement national est une obligation de comparaison de deux éléments : la situation des étrangers, et celle des nationaux. Suffirait-il donc de définir la seconde pour connaître la première, par simple transposition? Leur identité est-elle censée être parfaite ? Nous verrons au contraire, dans le chapitre suivant, que le traitement national, lié par les critères de compétence de la convention de Berne, et par l'appréciation par les Etats eux-mêmes, de leurs propres obligations, est impuissant à réaliser une totale assimilation.

⁹⁶ « La formule du traitement national peut ne recouvrir qu'une réciprocité purement nominale, tout autant que le prix d'une vente en monnaie dépréciée. » P. Niboyet, *op. cit.* note 3, n°742.

Chapitre II

Le champ d'application du traitement national

56. Enjeu économique. La question de l'étendue de l'assimilation est affectée d'un enjeu économique, qui, on le comprend aisément, n'était pas apparu aux rédacteurs de la convention. Le droit d'auteur génère parfois de vastes richesses et les conserve sous l'empire exclusif de son titulaire. L'inspiration, l'habileté... les qualités propres du créateur sont, certes, l'origine de sa richesse, mais celle-ci ne subsiste que grâce à la protection que lui accordent les lois de son Etat, qui est autant inspiré par la prospérité nationale que par le respect du droit naturel. Dans le jeu de la concurrence internationale, des flux financiers mondiaux, le traitement national s'immisce tel un trouble-fête, prônant des vertus de partage et d'égalité peu en rapport avec celles qu'exige la compétitivité. Les nécessités du commerce international entraînent le droit d'auteur dans un conflit d'ambitions – conflit que se livrent son inspiration humaniste et sa volonté de ne pas nuire à la combativité culturelle et économique. Doit-on faire profiter aux auteurs étrangers tous les avantages que l'on est tenté de réserver à ses propres nationaux ? Les Etats sont naturellement tentés de réduire le champ d'application du traitement national dès que les critères que lui donne la convention de Berne leur laissent une liberté d'appréciation suffisante.

57. Problématique. Dans son fameux *Guide de la convention de Berne*⁹⁷, S. Ricketson énumère ainsi les critères de l'étendue de la protection :

1. L'identification des personnes recevables à revendiquer cette protection (à savoir les auteurs unioniste, et les auteurs non-unionistes, dans certaines circonstances) ;
2. L'objet de la protection (à savoir les œuvres littéraires et artistiques) ;
3. Les droits substantiels protégés ;
4. La durée de la protection ;
5. Les exceptions à cette protection.

Seuls les trois premiers⁹⁸ intéresseront les développements suivants. Ils constituent les trois pôles de la protection des œuvres littéraires et artistiques : les auteurs, leurs œuvres, et le droit qui les relie. Fondée sur ces critères communs à toute la matière, la détermination du champ d'application du traitement national n'est donc pas une question tout à fait autonome. « La plupart des controverses relatives au champ d'application de la convention *rationae*

⁹⁷ *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, Queen Mary College, University of London, Kluwer, 1987. Nous avons traduit la citation qui suit.

⁹⁸ Nous ne reviendrons ni sur la durée de la protection, ni sur les exceptions au traitement national : à leur sujet, nous renvoyons le lecteur aux paragraphes 32 et suivants et 48 et suivants.

materiae sont menées à propos du principe d'assimilation »⁹⁹. La définition des auteurs unionistes intéresse la convention de Berne tout entière; elle réside en son article 3. Les œuvres protégées sont énumérées par son article 2. La détermination des droits protégés, elle, se réfère à toutes les lois nationales sur le droit d'auteur. L'assimilation étend aux auteurs étrangers tous les droits qu'elles consacrent. La question de l'étendue du traitement national ne sera donc pas résolue selon des critères propres.

58. Plan. Afin de traiter les questions selon leur degré décroissant de difficulté, nous chercherons en premier lieu à déterminer quels sont les droits contenus dans traitement national (A). Egalement fluctuante, la notion d'œuvres y donnant lieu (B) sera notre second objet de recherche. Cette étude s'achèvera avec la définition des bénéficiaires du traitement national, critère immuable de la compétence personnelle de la convention de Berne (C).

Section 1 : Les droits contenus dans le traitement national

59. Problématique et plan. Quels sont les droits désignés par le traitement national ? C'est dans les lois nationales qu'il doit trouver sa mesure ; il doit s'identifier aux droits d'auteur internes¹⁰⁰, si bien qu'il se voit parfois paralysé par leurs crises. Certains droits ne sont pas universellement protégés - souvent parce qu'ils procèdent d'une inspiration plus économique que personnaliste, et la philosophie universaliste ayant inspiré le traitement national se heurte à la disparité des législations. C'est précisément aux marges de la propriété littéraire et artistique que le traitement national est contesté, pour les droits dont la nature est mal établie et encore discutée. Il souffre directement des incertitudes et des reculs de la conception universaliste du droit d'auteur. Le rappel préliminaire du principe d'identification des étendues respectives du traitement national et de la loi applicable sur le droit d'auteur (1) soulignera l'importance de la qualification des dits « nouveaux droits » (2). En marge du contenu des droits, la question de leur collectivisation intéresse également notre sujet, et mérite donc quelques précisions (3).

1- Le principe d'identité des contenus

60. Le principe. L'article 5§1 de la convention de Berne définit le traitement national comme l'ensemble des « droits que les lois respectives accordent ou accorderont par la suite

⁹⁹ J.-J. Lucas, Jcl propriété littéraire et artistique, fasc. 1930, précité note 57. Ceci confirme que le traitement national est le « centre de gravité » de la convention de Berne. Voir introduction, §11.

¹⁰⁰ Nous renvoyons ici à notre notion de concept-reflet, § 12.

aux nationaux »¹⁰¹. Il faut en retenir que le traitement national est une notion extensible. Nous l'avons dit (§16) : nous avons affaire à un principe dynamique, à un principe élastique, dont la capacité à absorber de nouveaux droits est, en théorie, illimitée. Son champ d'application, par exemple, ne se confond aucunement avec l'étendue du minimum conventionnel. La convention de Berne ne traite des droits que pour les constituer en minimum conventionnel, sans y intéresser le traitement national. Nous ne pouvons en cela souscrire à l'expression de G. Karnell, lorsqu'il parle du traitement national, « applicable à toutes les catégories d'œuvres et à tous les droits prévus dans la convention de Berne à titre de protection minimale »¹⁰². Cette expression ouvre la voie à une théorie malheureuse que M. Walter a nommé la « théorie de pétrification »¹⁰³, et qui pose que « les dispositions *ex jure conventionis* détermineraient non seulement le minimum, mais aussi le maximum de la protection »¹⁰⁴. Au contraire : la protection par assimilation suit les lois nationales au fil de leur enrichissement¹⁰⁵. L'identité de leurs contenus est théoriquement parfaite : le traitement des étrangers doit être le décalque de celui des nationaux (sous réserve des exceptions acceptées par la convention). La détermination des droits d'auteur nationaux devrait donc valoir définition du champ d'application du traitement national.

En revanche, ce qui ne relève pas de la propriété littéraire et artistique n'est pas soumis au traitement national : droits fiscaux, règles d'organisation de la profession... et peut être réservé aux nationaux. Il faut donc se livrer à un exercice de qualification qui ne se montrera véritablement ardu que pour ce que l'on appelle les « nouveaux droits ».

2- La qualification des « nouveaux droits »

61. Les « nouveaux droits » et le jus conventionis. La nouveauté de ces droits est toute relative : il faut entendre par « nouveaux droits » l'ensemble de ceux qui sont apparus au cours du vingtième siècle, et qui n'ont pas encore reçu la faveur de toutes les législations nationales : droit de suite, rémunération pour copie privée, pour location et prêt public... Les deux premiers existent incontestablement en droit français ; en revanche, si le droit d'autoriser la location ou le prêt sont considérés comme contenus dans le droit de reproduction (voire

¹⁰¹ Il faut s'en tenir, bien entendu, en référence à l'objet de la convention, aux droits visant à la « protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques ».

¹⁰² G. Karnell, article précité note 64.

¹⁰³ *Le principe du traitement national et le récent développement du droit d'auteur – rapport supplémentaire*, congrès de l'ALAI pour le centenaire de la convention de Berne, D. Brügger, sept. 1986, p.170-173, à la p.172.

¹⁰⁴ E. Traple et J. Barta, article précité note 24, p. 15.

¹⁰⁵ Le contenu de la loi sera, pour chaque espèce, celui du moment où la protection est réclamée. W. Nordemann, K. Vinck et P. W. Hertin, *Droit d'auteur international et droits voisins*, Bruylant Bruxelles, 1983, à la p.77.

dans le droit de destination qui en découlerait), nul système de rémunération n'est organisé en contrepartie de leur autorisation, et le revenu de ce droit en France est donc bien faible. Ainsi la loi française illustre-t-elle en double sens la disparité des législations au sujet des « nouveaux droits » : elle connaît tout à la fois retard et progrès.

Mais puisque ces nouveaux droits à rémunération sont la conséquence de nouveaux modes d'usage des œuvres littéraires et artistiques, eux-mêmes nés de nouvelles possibilités techniques, n'ont-ils pas une légitimité et une permanence suffisantes pour être consacrés *jure conventionis* ? On en revient ici au minimum conventionnel, dont nous avons affirmé que le traitement national était indépendant (§12). Il est temps de nuancer cette assertion. Autonomes quant à leur étendue et à leur fonctionnement, ces deux piliers de la convention de Berne sont liés. Si l'un croît, lorsque l'autre stagne, c'est tout l'édifice qui est bancal. Le traitement national, principe dynamique, ne peut progresser seul, sans perdre en légitimité¹⁰⁶. Cette solution a l'avantage, tout à la fois, de ne pas rétrécir le domaine du traitement national, d'être conforme à la logique conventionnelle, de prendre acte du progrès juridique ... et recueille donc notre suffrage. Mais elle ne convainc que ceux qui ont foi en les vertus de la réforme, et qui la croient possible. Or, pour des raisons que nous ne pouvons examiner ici, elle paraît, aux plus nombreux, difficile et inaccessible. Il ne reste donc qu'à traiter la protection de ces nouveaux droits au moyen du traitement national. Mais la loi nationale applicable, pour ses dispositions les plus progressistes, est en proie au « désir de [les] réserver, dans la mesure du possible, à ses propres nationaux »¹⁰⁷.

62. Première forme d'exclusion hors du champ du traitement national. La première technique susceptible de satisfaire cette nouvelle expression de protectionnisme¹⁰⁸ consiste à exclure ces nouveaux droits du droit d'auteur, pour qu'ils le soient automatiquement du traitement national. Peut-il suffire, pour dérober un droit nouveau à l'action du traitement national, de le disqualifier ? De ne pas le nommer ? De lui donner une autonomie formelle en en traitant hors de la loi sur le droit d'auteur (hors du code de la propriété intellectuelle, dans le cas français) ? La plus sage réponse fait primer le fond sur la forme, et ramène au sein du droit d'auteur, les droits égarés dans des législations périphériques¹⁰⁹. Sur le fond, les critères cumulatifs de l'appartenance d'un droit à la catégorie du droit d'auteur sont son destinataire

¹⁰⁶ Il est intéressant de souligner ici que le comité d'experts pour une éventuelle révision a constaté, à plusieurs reprises, l'impossibilité de réformer le traitement national « tant que le contenu du protocole ne sera pas précisément défini ». Sur la rupture de l'équilibre : M. Walter, précité note 103, p.171.

¹⁰⁷ W. Nordemann, article précité note 8, p.318.

¹⁰⁸ Le terme n'est pas employé péjorativement : il ne fait que s'opposer à celui de *libre échange* des droits.

¹⁰⁹ *Contra* : A Bogsch, lors de la réunion du comité d'experts sur un éventuel protocole à la convention de Berne, cité p.274 par G. Karnell, article précité note 64.

(un auteur) et sa cause (la réalisation d'une oeuvre)¹¹⁰. Mais les nouvelles formes du droit d'auteur n'y répondent pas nettement : elles se sont rapprochées d'un simple droit à rémunération collectivisé, et se sont éloignées de la conception individuelle du droit d'auteur qui règne sur la convention de Berne.

63. Exemple de la rémunération pour copie privée. La rémunération pour copie privée en est un exemple polémique : comment la qualifier ? Des considérations extra-juridiques pèsent sur cette question. Bien des pays ne la connaissent pas, mais comptent toutefois en voir bénéficier leurs ressortissants, dans les pays où elle existe. Les Etats-Unis – où le seul régime de redevance institué le fut pour les enregistrements numériques – ont revendiqué pour leurs artistes-interprètes et producteurs le droit de recevoir une « part appropriée » des redevances perçues sur les cassettes et bandes vierges, sans autre contrepartie que la promesse d'investir les fonds ainsi recueillis dans les industries européennes de l'audiovisuel¹¹¹. On peine à voir ces sommes quitter le giron national sans que d'autres viennent, en sens inverse, les compenser. Pourtant, cette rémunération, bien que n'étant pas un droit exclusif de l'auteur, est une « émanation »¹¹² du droit de reproduction, et semble donc procéder de la nature du droit d'auteur - elle figure d'ailleurs à l'article L.311-1 du code de la propriété intellectuelle, et s'impose telle au législateur¹¹³. Peut-être, les nouvelles technologies permettront-elles d'en revenir au droit exclusif individuel, et résoudront-elles de façon consensuelle, en supprimant l'exception de copie privée, le problème de sa rémunération ...

64. Seconde forme d'exclusion. Un autre argument, plus général, et plus déstabilisant, a vu le jour pour faire échapper ce type de droits au traitement national. N'y a-t-il aucune injustice à laisser les auteurs étrangers jouir en France de droits qui n'existent même pas dans leur pays d'origine ? Il paraît facile et juste d'en revenir, pour les droits les moins largement reconnus, à la réciprocité, qui elle aussi – on l'a vu, est une forme d'égalité et de justice. C'est ainsi que l'article 79 de la loi suisse sur le droit d'auteur dispose : « Nonobstant l'alinéa 1^{er}, la réciprocité s'applique au droit à rémunération pour copie privée (...) sans préjudice du Traité sur l'Union européenne. »

¹¹⁰ Le critère de l'utilisation et du succès de l'œuvre n'intervient que pour évaluer le montant des droits à rémunération (pour prêt, dans les pays où cette rémunération est organisée ou, en droit français, pour copie privée : L.311-6), mais la seule réalisation suffit à faire naître le droit exclusif.

¹¹¹ Cette revendication fit l'objet d'un numéro du *Financial Times*, du 15 déc. 1993, que nous n'avons pas pu nous procurer.

¹¹² Car il découle du droit de reproduction garanti aux auteurs par l'article 9§1 de la convention de Berne, et de la notion de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, figurant au §2. G. Karnell, article précité note 64.

¹¹³ *Contra* : G. Karnell : « les pays ont la faculté de choisir des techniques juridiques qui leur évitent l'obligation d'appliquer la règle du traitement national dans leurs efforts pour améliorer la situation des auteurs », article précité note 64, p.280. La solution paraît plus équitable, mais nécessite, à notre sens, une extension préalable des exceptions au traitement national, et un retour à la réciprocité ou à la double protection.

Le recours à la technique de la double protection vise au même résultat, mais de façon plus délicate. La logique du « donnant-donnant » y est moins ostensible, tandis que celle de l'expansion des droits y tient meilleure part. Et, du fait du traitement national, tout droit reconnu par un pays unioniste à ses nationaux est automatiquement étendu aux étrangers. Faudrait-il donc créer de nouvelles exceptions au traitement national, par analogie avec celles que la convention de Berne lui a expressément aménagées ?¹¹⁴ L'idée en fut discutée par le comité de révision de la convention de Berne, qui a envisagé de créer une cinquième exception au traitement national, assez étrangement limitée au droit à rémunération pour le prêt public¹¹⁵. Ces travaux n'ont pas abouti, et le traitement national conserve donc aujourd'hui son ampleur originelle.

65. Retour au traitement national. Nous ne pouvons donner à ce dilemme économique et politique, qu'une réponse juridique ; et celle-ci milite pour l'insertion de ces redevances dans le droit d'auteur, et leur soumission au traitement national. Les obligations internationales doivent être honorées ; il n'appartient pas à l'Etat de les reconsidérer unilatéralement, même si la conjoncture internationale s'est modifiée. La poursuite de la compétitivité économique internationale et la volonté de maîtriser les flux financiers laissent le traitement national insensible. Il a précisément la mission inverse : émanciper la condition des auteurs des relations politiques et économiques internationales, et l'installer dans une confortable neutralité. Certes, l'irréductible défaut de la neutralité est qu'elle finit toujours par profiter à l'une des parties, mais qu'y faire ?

3- Le traitement national et la collectivisation des droits

66. La collectivisation des revenus des auteurs. Il est fréquent, dans les législations reconnaissant aux auteurs des droits à rémunération, perçus par des sociétés d'auteur, qu'une partie de ces sommes soit affectée à des fins collectives. N'est-ce pas là une spoliation de l'auteur étranger ? Une part de ses revenus est utilisée à des « actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes. » (article L.321-9), objectifs purement nationaux, qui ne le concernent que très platoniquement. Cette pratique est d'inspiration pragmatique, et pose donc plusieurs problèmes théoriques. Le premier concerne

¹¹⁴ Notons au préalable que toute extension des exceptions au traitement national réduit d'autant la portée des clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée de l'ADPIC (a.3 et 4).

¹¹⁵ Voir rapport des réunions de juin 1993 et décembre 1994. Pour une explication de cette limitation de l'exception, à la rémunération pour prêt public, par l'accord quasi-général à refuser à ce droit le caractère d'un droit d'auteur, voir G. Karnell, précité en note 64, p.276, et von Lewinski, *RIDA* 4/1992, p.70. Les juristes français considèrent que le droit de prêt découle du droit de reproduction, et comprennent donc moins bien cette distinction.

la nature de cette fraction prélevée – car, rappelons-le, le traitement national ne s’applique qu’au droit d’auteur. Pour s’en tenir à l’exemple le plus frappant du droit français (la rémunération pour copie privée), la partie de cette redevance qui n’est pas restituée à l’auteur à raison de l’utilisation de son œuvre, mais utilisée à fin de promotion de la créativité, change-t-elle de nature ? Il nous semble que cette collectivisation partielle ne doit pas l’emporter sur l’origine de cette fraction, qui conserve donc sa nature de droit d’auteur, et reste soumise à l’obligation d’assimilation.

Il faut donc – à moins de considérer que la redevance ainsi amputée ne soit pas un droit d’auteur, ce que nous avons refusé *supra* (§63) - accepter qu’elle soit partiellement collectivisée, et entériner ainsi la double et contradictoire filiation de la propriété littéraire et artistique, issue autant du droit positif que du droit naturel. Le traitement national s’accorde fort bien avec la branche naturelle de cette parenté, mais son entente avec la branche positive est plus forcée, et plus fragile. Bien que, de fait, les auteurs étrangers ne peuvent profiter des aides collectives dans tous les pays où leur travail les aura alimentées, l’obligation de traitement national est respectée, tant que ces aides ne leur sont pas refusées dans les pays où ils exercent leur activité¹¹⁶. Le problème posé par ce détournement partiel des redevances se situe donc en amont du traitement national, au niveau de la théorie de la propriété littéraire et artistique (droit individuel naturel ou droit civil d’utilité sociale ?).

67. La gestion collective. La tendance nouvelle à la collectivisation des droits concerne également leur exercice : leur mise en œuvre, leur perception et leur répartition sont très souvent confiées à des sociétés civiles d’auteurs. Ne créant pas de droit particulier au profit des auteurs, cette pratique, à première vue, semble indifférente au traitement national. Mais est-il besoin de répéter que l’exercice du droit affecte bien souvent sa nature et son étendue ? Le traitement national leur interdit de refuser de percevoir les droits de leurs adhérents étrangers, ou de les leur reverser.

Peut-il leur interdire encore de refuser l’adhésion des auteurs étrangers ? La question est plus délicate, car le droit d’adhérer à une telle société ne constitue pas, à proprement parler, un droit de l’auteur sur son œuvre. Un tel refus n’empêche pas l’auteur de jouir de ses droits sur son œuvre, mais seulement de profiter des facilités de la gestion collective.

¹¹⁶ Il nous semble donc que l’expression de « *dolus eventualis* », utilisée par W. Dillenz (*La rémunération pour copie privée et le principe du traitement national*, DA, juin 1990, p.196-212, à la p. 197) soit encore trop forte pour désigner le fait d’accepter que les aides ne profitent pas nécessairement à tous ceux qui les ont alimentées. Plutôt que d’un dol, il faudrait parler d’un aléa. Ce décalage est propre à toute forme de mutualisation, et il ne nous revient pas ici de faire la critique de l’introduction, dans la propriété littéraire et artistique, de ce genre de système. M. Walter, article précité note 103 : « A mon avis, une telle “ socialisation partielle ” pour certains secteurs du droit d’auteur serait compatible avec l’esprit de la convention de Berne ».

Lorsqu'en revanche, la jouissance d'un droit nécessite la médiation d'une société – ce qui est le cas des droits grevés par une licence légale (telle, en droit français, celle des articles L.122-5 et L.311-1 combinés), il semble que le principe d'assimilation ait le pouvoir d'enjoindre aux sociétés de gestion collective d'accepter de percevoir et reverser les rémunérations dues aux auteurs étrangers, même non membres. La solution contraire, tirant un revenu des œuvres d'auteurs étrangers sans pour autant les leur reverser, aboutirait à la création de « réserves naturelles à l'usage des auteurs nationaux »¹¹⁷. Le risque en est évité, de fait, par la pratique répandue des accords de représentation réciproque entre sociétés d'auteurs. Ils n'obligent nullement ces sociétés à accueillir des auteurs étrangers, mais seulement à reverser les droits qui leur reviennent à la société qui les représente, ce qui reconstitue finalement, même si ce n'est pas sur le fondement du traitement national, le lien rompu entre l'œuvre utilisée et son auteur.

68. Conclusion. Il apparaît clairement que ce sont, aux marges de la propriété littéraire et artistique, ces « nouveaux droits », s'éloignant du droit exclusif et se rapprochant d'un simple droit à rémunération, qui sont le plus rebelles au traitement national. Et l'on ne peut s'en étonner puisqu'ils ne présentent pas, aussi nettement que les droits classiques, les caractères du droit d'auteur. Ils sont également suspectés d'ingratitude, en menaçant de laisser sortir du pays qui les consacre, et sans compensation, les sommes qu'ils génèrent.

La même problématique s'attache à la détermination des œuvres pour lesquelles est dû le traitement national.

Section 2 : Les œuvres donnant lieu au traitement national

69. Problématique et plan. La définition des œuvres dont la protection doit être étendue aux auteurs étrangers constitue le second critère d'application du traitement national. Les auteurs ne sont tels que par rapport à leur œuvre, et le droit d'auteur n'existe que sur elle. De nouvelles formes d'œuvres protégeables ont été inventées, et leurs auteurs revendiquent eux aussi le traitement national. Au sujet des œuvres, comme à celui des droits, le traitement national se ressent du rapprochement de l'art et de l'industrie culturelle, et voit son étendue discutée. La convention de Berne contient pourtant un article (l'article 2) s'en voulant une définition synthétique : sont protégées « toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique » ; elle est assortie d'une liste des diverses sortes d'œuvres acceptées à la protection. Cet article 2 figure au seuil de la convention, juste après la proclamation de

¹¹⁷ Nordemann, Vinck et hertin, *op. cit.* note 105, p.77. Expression reprise par E. Traple et J. Barta, précité note 24, à la p.72.

son objet. Peut-on, malgré sa place éminente, considérer qu'il ne limite que les dispositions de droit substantiel, afin de renvoyer le traitement national, comme pour les droits, aux critères de la loi nationale ? Cette question connaît deux réponses opposées, que nous étudierons successivement : l'une définit le traitement national par référence à la loi nationale (1), quand l'autre recourt à la définition conventionnelle (2). Après avoir choisi la plus orthodoxe, il faudra en déduire le degré de protection des œuvres marginales (3).

1- La référence aux lois des Etats pour la définition des œuvres soumises au traitement national

70. *Le renvoi aux lois nationales pour la définition des œuvres.* La solution la plus conforme à la vocation essentielle du traitement national est le renvoi au contenu des lois nationales. Elles doivent en être la principale mesure. Le cantonnement de l'assimilation dans les limites de l'article 2 lui infligerait une amputation illogique, lui donnerait des proportions non-conformes à sa nature. A l'appui de cette position, appelons MM. Nordemann, Vinck et Hertin : « un auteur unioniste ne peut revendiquer la protection en faveur d'une nouvelle catégorie d'œuvre ne figurant pas dans cet inventaire, qu'en vertu du traitement national »¹¹⁸. L'article 19 de la convention est lu comme une seconde proclamation du principe de l'assimilation. Il n'ajoute rien à la protection, que le traitement national ne lui avait déjà donné, en se référant lui-même aux dispositions nationales pour la définition des œuvres et des droits, c'est-à-dire de tous les critères de la protection des œuvres de l'esprit.

71. *Critique.* Cette idée, certes, permet au traitement national de s'épanouir véritablement, de réaliser la parfaite identification de l'auteur étranger au national face à la propriété littéraire et artistique. Elle fait, toutefois, bon marché de l'article 19 de la convention, et méconnaît tout à fait l'une des propositions de l'article 5§1, selon laquelle les auteurs ne jouissent des droits reconnus par les lois respectives qu'en « ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente convention ». Ce que nous ne pouvons reprocher à la seconde solution.

¹¹⁸ *Op. cit.*, note 105, p.49...

2- La référence à la convention pour la définition des œuvres soumises au traitement national

72. *Le renvoi à la convention pour la définition des œuvres.* La solution rivale fait plus grand cas de la précision qui limite le traitement national des auteurs étrangers aux « œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente convention », œuvres définies en son article 2. Ses concepteurs ont donné, au champ des œuvres donnant lieu à traitement national, un critère interne à la convention, le même qu'au minimum conventionnel, assignant ainsi à ses deux piliers le même champ d'application quant aux œuvres ¹¹⁹.

73. *La structure de la protection.* Trois degrés de protection apparaissent dans la convention de Berne :

- le minimum conventionnel, strictement établi par les dispositions de la convention, et ne pouvant être refusé à qui le réclame;
- l'obligation de traitement national, dont le champ d'application, au regard des œuvres, n'est pas plus large, mais l'est au regard des droits, et qui reste, à la charge l'Etat, un dû ;
- les dispositions nationales les plus larges, dépassant le minimum conventionnel et inaccessibles à l'obligation de traitement national, que l'article 19 « n'empêche[...] pas de revendiquer », sans pour autant enjoindre aux Etats d'en accorder le bénéfice aux étrangers.

Cette lecture a le grand avantage de tenir compte de l'article 5§1 en toutes ses dispositions, et de donner un sens autonome à l'article 19. Elle est plus respectueuse de la lettre des textes, que la précédente.

74. *L'inévitable référence à la loi nationale.* Elle se heurte toutefois à la généralité des termes de l'article 2, quand il définit les œuvres littéraires et artistiques comme « toutes les productions du domaine littéraire, scientifique ou artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression ». La suite elle-même de l'article, se voulant éclairer cette laconique définition, est ponctuée d'expressions telles que « et autres écrits », « et autres œuvres de même nature »... Il s'avère donc que l'article en question ne peut servir de critère autonome : il appelle une interprétation, et celle-ci ne peut être le fait que des autorités nationales respectives. On en revient donc, malgré le détour par l'article 2, à la conception nationale de

¹¹⁹ H.-J. Lucas, Jcl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1930, précité note 57, n°98.

l'œuvre protégeable, à ses exigences propres (originalité), mais aussi à ses incertitudes et à ses errements.

3- La protection des œuvres marginales

75. Accès à la protection conventionnelle. Le constat est ici le même qu'au sujet des nouveaux droits. De nouvelles formes d'expression sont apparues, et se réclament, de même, du droit d'auteur et du traitement national. On oppose, à l'élargissement de leur protection aux auteurs étrangers, les mêmes réticences : n'étant pas en tous lieux couvertes par le droit, elles risquent de donner à certains des avantages sans compensation. La convention de Berne ne contient, à ce sujet, aucune exception relevant de la condition des étrangers¹²⁰ : toutes les œuvres pouvant s'insérer dans la définition conventionnelle donnent lieu à traitement national. La question s'est posée, en premier lieu, pour les phonogrammes. Certains pays (les Etats-Unis) les considèrent comme des œuvres ; d'autres ne font l'objet que d'un droit voisin (la France). Les programmes d'ordinateurs et les bases de données ont nourri ce même débat.

Le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur¹²¹ y apporte une réponse limitée à ses adhérents, mais qui constitue, pour les autres Etats, un bon indice du *consensus* international, en admettant les logiciels et les bases de données à la protection de la convention de Berne. A défaut d'autre indication de source internationale, il faut s'en remettre à la bonne foi¹²² nationale pour l'interprétation de cet article, qui, bien que prolix, n'en laisse pas moins une large marge d'appréciation.

Section 3 : Les personnes bénéficiaires du traitement national

76. La définition conventionnelle des bénéficiaires de la protection. Le dernier critère que nous abordons est le moins problématique. Après les œuvres et les droits, viennent enfin les personnes, véritables destinataires du traitement national. La situation des personnes est la préoccupation principale de la convention de Berne, à la différence d'autres instruments qui, nous l'avons vu à plusieurs reprises (§26,36,40), s'intéressent plutôt aux œuvres. Le champ personnel de la convention de Berne est sans doute, d'ailleurs, le plus strictement défini. Il n'est pas, toutefois, tout à fait à l'abri des variations juridiques d'un pays à l'autre, puisque la

¹²⁰ Rappelons que l'exception des dessins et modèles est régie par comparaison de la loi du pays où la protection est demandée avec celle du pays d'origine, et n'est donc pas affectée par la nationalité de l'auteur.

¹²¹ Adopté le 20 décembre 1996 et entré en vigueur le 6 mars 2002, et réunissant aujourd'hui 46 Etats.

¹²² Qualité reprise par la convention de Vienne sur les traités, en son article 31 : « règle générale d'interprétation ».

qualification de l'auteur revient au droit national¹²³. Une personne pourra même se voir refuser le statut d'auteur dans l'un, alors qu'il lui aura été accordé dans l'autre. Une seule certitude : les personnes admises par le droit national dans le champ de compétence de la convention de Berne, le seront aussi, de ce fait, dans celui du traitement national.

77. *Problématique et plan.* L'application de ce dernier à leur égard, comme à celui des œuvres, naît des mêmes règles que celle de la convention, mais il en tire, cette fois, des conséquences originales. Le traitement national aura une intensité différente selon le chef de compétence de la convention : lien de nationalité avec un Etat unioniste, ou première publication de l'œuvre dans l'un de ces Etats. Cela résulte de la lecture des articles 3 et 6 combinés à l'article 5 et n'appelle, contrairement aux deux précédents critères, aucune interprétation nationale. Le traitement national sera, dans le premier cas, irréversible (1), tandis qu'il reste, dans le second, sous la menace du retour à la réciprocité (2).

1- Premier chef de compétence : le traitement national irréversible

78. *Assouplissement progressif du critère de la nationalité.* A l'égard des ressortissants des Etats unionistes, le traitement national est un avantage irréversible. Aucun prétexte ne peut, selon la convention de Berne, le remettre en cause : c'est un acquis. Il a suivi l'évolution du champ personnel de compétence de la convention, et s'est conformé à l'extension opérée par la révision de Stockholm. Le critère personnel ne valait, jusqu'alors, que s'il était étayé par un critère réel, ce qui donnait au lieu de première publication de l'œuvre une importance quelque peu contradictoire avec la visée personnaliste de la convention. Le traitement national prescrit par la convention universelle sur le droit d'auteur était donc plus ouvert que celui de la convention de Berne. Depuis, les auteurs unionistes sont protégés pour toutes leurs œuvres, même publiées à l'extérieur de l'Union (article 3§1). Le critère personnel fut encore élargi par l'assimilation, aux ressortissants, des résidents habituels (article 3§2 ; voir également l'article 4).

C'est la nationalité de l'auteur qui importe, et non celle de ses ayants cause, dont l'assimilation ne dépend que de celle de leur auteur. S'il y a plusieurs auteurs, seul l'unioniste peut revendiquer le traitement national.

¹²³ Les rédacteurs de la convention de Berne n'ont pas voulu trancher un débat délicat, et ont donc laissé la définition du titulaire initial (qui peut donc, selon les Etats, être une personne morale) à la discrétion des lois respectives. On décèle ici l'indépendance du traitement national et du minimum conventionnel, dont la plupart des dispositions sont manifestement conçues pour l'auteur-créateur. H.-J. Lucas, Jcl propriété littéraire et artistique, fasc. 1930, précité note 57, n°56.

79. *Appréciation de la nationalité.* La nationalité de l'auteur doit être appréciée, pour les œuvres publiées, à la date de publication¹²⁴. Pour les œuvres non publiées, deux critères sont rivaux : celui du moment de la création, et celui du moment de l'infraction. Le premier est plus conforme à la philosophie personnaliste du traité, et relativement peu soucieux de la sanction des infractions ; le second est plus simple à prouver, et s'accorde bien avec la règle de conflit de lois retenue (loi du pays pour lequel la protection est demandée).

Désormais indifférent aux auteurs unionistes, le lieu de première publication de l'œuvre conserve un rôle important dans le champ de compétence de la convention de Berne ; mais, plutôt que de le restreindre, elle l'étend.

2- Second chef de compétence : traitement national réversible

80. *Effet de la première publication dans un pays de l'Union.* Les auteurs non-unionistes ne sont pas exclus du bénéfice de la convention de Berne : ils bénéficieront autant du minimum conventionnel que du traitement national s'ils publient leur œuvre, pour la première fois, dans l'un des pays adhérents¹²⁵. Il a été soutenu que l'assimilation ne leur profite que dans le pays de première publication de leur œuvre¹²⁶ ; cette interprétation, certes inspirée par une prudence bien compréhensible, et par cette récurrente tendance à reconnaître aux œuvres, une nationalité, n'a plus cours aujourd'hui.

81. *La menace de la rétorsion.* Le traitement national qui est accordé aux ressortissants d'Etat tiers est toutefois moins solide que celui auquel ont droit les unionistes: il reste sous la menace du retour à la réciprocité, dans les conditions de l'article 6. Ces auteurs peuvent se voir refuser le traitement national dans tout pays de l'Union, si leur pays d'origine n'en protège pas les œuvres « d'une manière suffisante ». Cette faculté de rétorsion n'est pas réservée au pays d'origine de l'œuvre, mais, exercée par lui, elle acquiert une plus grande autorité qu'exercée par les autres, puisqu'elle peut alors être généralisée à toute l'Union. Elle permet d'éviter que ce critère subsidiaire d'applicabilité de la convention de Berne ne soit utilisé comme tête de pont par des pays peu protecteurs des œuvres étrangères, mais dans lesquels « la première publication dans un pays de l'Union fait partie d'un système de politique étrangère »¹²⁷.

¹²⁴ « La situation à prendre en compte est celle qui existait au moment de la naissance du droit à la protection, et non au moment où cette protection était revendiquée. » Nordemann, Vinck et Hertin, *op. cit.* note 105, p.71, n°11.

¹²⁵ La convention de Berne donne sa propre définition de la publication : article 3§3.

¹²⁶ Par exemple : H. Desbois, article précité note 7, à la p. 56.

¹²⁷ Nordemann, Vinck et Hertin, *op. cit.* note 105, p.86. Mais l'adhésion de ces pays à la convention universelle sur le droit d'auteur pouvait les mettre hors de portée de cette clause.

Cette possibilité était à peine adoptée qu'elle était déjà dépassée : elle ne fut jamais utilisée autrement que comme une épée de Damoclès (voir §50). Même les tentations de retour à la réciprocité, que nous avons examinées plus haut (§64) ne relèvent pas de l'article 6, mais plutôt d'une hypothétique faculté de l'Etat de revoir unilatéralement ses obligations. Bien qu'inexistante dans la convention de Berne, une telle faculté de retour ponctuel à une réciprocité limitée à certains droits, et temporaire, dénuée de sa symbolique répressive, serait peut-être opportune. Et, en faisant de la réciprocité, l'antichambre du traitement national, elle résoudrait un vieux conflit entre deux notions qui pourraient faire meilleur ménage.

Index

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes.

- A :** **ADPIC :** 15, 38-40, 46, 55
- **OMC :** 17
- C :** « **Chant du Monde** » (arrêt du) : Voir « rideau de Fer »
- Communauté européenne :** 32, 41-42
- Comparaison des délais :** 32, 45, 48
- **Article 7§8 :** 25
- Conflit de lois :** 8, 12, 23, 29-32, 44, 48, 51, 79
- **loi applicable :** 28, 30-31, 33, 59
- Contrefaçon :** 1, 5-6, 8, 32, 52
- Convention universelle sur le droit d'auteur :** 26, 28, 35-37, 40, 46, 51-52, 78
- Copie privée :** 16, 27, 51, 62 et suivants
- D :** **Dessins et modèles :** 25, 32, 45, 48
- Double protection :** 32, 45, 47 et suivants, 53, 64
- Droit communautaire :** 32, 40 et suivants
- Droit naturel :** 2, 10, 56, 66
- **de propriété :** 5
- Droit de suite :** 32, 53, 61
- Durée de protection :** Voir comparaison des délais
- E :** **Exceptions au traitement national :** Voir double protection, réciprocité.
- G :** **GATT :** Voir ADPIC
- Gestion collective :** 67
- I :** **Industrie culturelle :** 15, 19, 69
- **compétitivité :** 56, 65
- M :** **Minimum conventionnel :** 12-13, 26, 37, 60-61, 72-73, 80
- N :** **Non-discrimination :** 34, 40 et suivants
- P :** **Prêt :** 61 et suivants
- R :** **Réciprocité :** 7, 15, 17, 25, 32, 47 et suivants, 64, 77, 81
« Rideau de Fer » (arrêt du 22 décembre 1959) : 7, 9, 31
- T :** **Territorialité :** 2, 4, 13
- U :** **Union européenne :** Voir Communauté européenne.

Bibliographie

Ouvrages généraux

Droit d'auteur général

A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 1999.

H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1966.

A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} éd., 2001.

Droit communautaire

V. Contentinesco, J.-P. Jacqué, R. Kovar, D. Simon (sous la direction de), *Traité instituant la CEE, commentaire article par article*, Economica, 1992.

P. Léger (sous la direction de) *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Dalloz-Bruylant, 2000.

Droit international général

J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français - tome II : La condition des étrangers*, Librairie du Recueil Sirey, 1951.

Droit international du droit d'auteur

A. Darras, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1887.

H. Desbois, A. François et A. Kerever, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976.

W. Nordemann, K. Vinck et P. W. Hertin, *Droit d'auteur international et droits voisins*, Bruylant Bruxelles, 1983.

S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works : 1886-1986*, Queen Mary College, University of London, Kluwer, 1987.

Thèses

E. Decaux, *La réciprocité en droit international*, LGDJ Paris, 1980.

J.-S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur - Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996.

J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1990.

Shu Zhang, *De l'OMPI au GATT, la protection internationale des droits de propriété intellectuelle*, Litec 1994.

Articles, chroniques

Chroniques

- C. Audoin-Tessier, note sous CA Paris, 4^{ème} ch., 29 nov. 1996, *JCP E* 1998, p. 1255.
- J.-S. Bergé, note sous cass. Com. 26 mars 2002 et CJCE 6 juin 2002, *RCDIP* 2002, p. 771-786.
- G. Boytha, *Le droit international privé et la protection des droits d'auteur, analyse de certains points spécifiques*, *Dr. Auteur* 1988, p.422-438.
- H. Desbois, *Les conventions de Berne et de Genève relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques*, *AFDI* 1960, p.41-62.
La convention universelle sur le droit d'auteur, *D.* 1954, chron. P. 35-38.
- B. Edelman, *Entre copyright et droit d'auteur : l'intégrité de l'œuvre de l'esprit*, *D.*1990, chron. p.295-300.
- A. Françon, *La loi du 8 juillet 1964 sur l'application du principe de réciprocité en droit d'auteur*, *RCDIP* 1965, p. 279-303.
- G. Karnell, *Traitement national, copie privée sonore ou audiovisuelle et interprétation de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires ou artistiques*, in *Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p. 267-283.
- A. Kerever, *Le GATT et le droit d'auteur international, l'accord sur les ADPIC*, *RTDCom* 1994, p.630-644.
La règle du traitement national ou le principe de l'assimilation, *RIDA* oct. 1993, p.75-131.
Droit d'auteur et mondialisation, 1997, publié par les Cahiers de la propriété intellectuelle sur le site, www.droit.fundp.ac.be.100/gotorec0301, dernière consultation le 10 mars 2004.
- G. Koumantos, *Le droit international privé et la convention de Berne*, *Dr.Auteur*, chron. 1988, p.439-453.
- W. Nordemann, *Le principe du traitement national et la définition des œuvres littéraires et artistiques*, *Dr. Auteur* octobre 1989, p.318-323.
- W. Nordemann, *Le droit de suite dans la convention de Berne*, *Dr.Auteur*, 1977, p.324-330.
- F. Pollaud-Dullian, *Du bon usage du principe communautaire de non-discrimination en droit de la propriété intellectuelle : à propos de l'affaire La Bohême*, *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2003, p.24-33.
- E. Traple et J. Barta, *La convention de Berne traverse-t-elle une crise ?*, *RIDA* avril 1992, p.3-95.

Notes de jurisprudence

- Sous l'arrêt du 22 décembre 1959, dit « du rideau de fer » :

F. Terré, *RCDIP* 1960, p. 362-370.

G. Holleaux, *Dalloz* 1960, jp p.93-97.

- Autres :

H. Batiffol, note sous Civ. 27 juillet 1948, *RCDIP* 1949, 75.

B. Edelman, note sous l'arrêt Phil Collins du 20 octobre 1993, *D.* 1995, jp p.133-139.

P. Kamina, note sous CJCE 6 juin 2002, *Propriété Industrielle* Oct. 2002, n°72.

Tables des matières

Introduction	p.2
Chapitre I : Le concept du traitement national	p.13
Section 1 : L'épuration du concept du traitement national	p.14
1- La réfutation de l'application du traitement national aux œuvres.....	p.14
2- La réfutation de l'application du traitement national au conflit de lois	p.17
Section 2 : Comparaison avec les autres techniques d'assimilation des auteurs	p.21
1- Comparaison avec les autres formes de traitement national	p.22
2- Comparaison avec le principe communautaire de non-discrimination.....	p.25
Section 3 : Complémentarité avec les techniques de discrimination	p.28
1- L'exigence de double protection dans la convention de Berne.....	p.29
2- La réciprocité dans la convention de Berne	p.29
Chapitre II : Le champ d'application du traitement national	p.34
Section 1 : Les droits contenus dans le traitement national	p.35
1- Le principe d'identité des contenus.....	p.35
2- La qualification des « nouveaux droits »	p.36
3- Le traitement national et la collectivisation des droits.....	p.39
Section 2 : Les œuvres donnant lieu au traitement national	p.41
1- La référence aux lois des Etats pour la définition des œuvres soumises au traitement national.....	p.42
2- La référence à la convention pour la définition des œuvres soumises au traitement national.....	p.43
3- La protection des œuvres marginales	p.44
Section 3 : Les personnes bénéficiaires du traitement national	p.44
1- Premier chef de compétence : le traitement national irréversible	p.45

2- Second chef de compétence : le traitement national réversible.....	p.46
Index	p.48
Bibliographie.....	p.49
Table des matières	p.52