REVUE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL
1998/2 — Éditions BRUYLANT, Bruxelles

LES ACCORDS INTERNATIONAUX RELATIFS À LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET LE DROIT D'AUTEUR

PAR

François DUBUISSON

ASSISTANT AU CENTRE DE DROIT DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION DE L'U.L.B.,
ASSISTANT EN DROIT INTERNATIONAL U.L.B.

INTRODUCTION

Apparus au début des années 60 (1), les accords bilatéraux de protection des investissements (ci-après « les A.P.I. ») ont depuis lors connu un développement considérable : on en compte aujourd'hui plus de 1300, conclus par quelque 140 états (2).

Ces accords visent à titre principal à promouvoir et à protéger les investissements entre deux états. Ils ont tous, au-delà de certaines particularités, un contenu analogue qui peut se décrire schématiquement de la manière suivante (3). Ils comprennent tout d'abord une définition des investissements et des investisseurs couverts. Ils édictent ensuite des principes généraux relatifs au traitement et à la protection des investissements. Les dispositions relatives au traitement concernent le régime juridique de l'investissement (4) et prévoient qu'il sera accordé aux investissements un *traitement juste et équitable* (5). Les dispositions relatives à la protection visent essentiellement à prévenir ou sanctionner les atteintes publiques à l'exis-

(1) Le premier accord consacré à la promotion et à la protection des investissements est le traité entre la RFA et le Pakistan, entré en vigueur en 1962.

(2) VADCAR, C., « Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : problématique de l'adhésion des pays du Sud », *J.D.I.*, 1998, n° 1, p. 12.

(3) LAVIEC, J.-P., *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Paris, P.U.F., 1985, p. 10 ; JUILLARD, P., « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, 1994, vol. 250, pp. 107-111.

(4) CARREAU, D., et JUILLARD, P., *Droit international économique*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, p. 451, n° 1201.

(5) Voir par exemple l'article 3 du modèle français d'Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (1998) :

Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des sociétés et nationaux de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit ni en fait.

tence de l'investissement international, en stipulant que l'investissement jouit *d'une protection et d'une sécurité pleines et constantes* (6) et en énonçant les conditions strictes sous lesquelles un investissement peut être exproprié ou nationalisé (7). Le traitement et la protection de l'investissement sont soumis au régime du traitement national et/ou de la nation la plus favorisée. Les A.P.I. comportent en outre des règles concernant le transfert des revenus et des capitaux investis. Enfin, ils renferment des dispositions relatives au règlement des différends. À cet égard, ils contiennent une clause permettant à l'investisseur de saisir un tribunal arbitral, généralement en se référant au C.I.R.D.I. (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, Convention de Washington de 1965).

La plupart des A.P.I., comme nous le verrons, font figurer les droits d'auteur dans le champ de la définition qu'ils donnent des investissements. Pourtant, on s'est jusqu'ici fort peu préoccupé de l'incidence que pouvaient avoir les A.P.I. sur la matière du droit d'auteur. Il aura fallu que soient rendues publiques les négociations, au sein de l'O.C.D.E., relatives au projet d'Accord Multilatéral sur les Investissements (ci-après « l'A.M.I. ») pour que soit ouvertement posée la question des conséquences juridiques de l'inclusion des droits d'auteur dans un traité sur la protection des investissements.

Quelle influence une telle inclusion peut-elle avoir sur les traités relatifs à la propriété intellectuelle déjà existants, ou sur l'application des législations nationales en matière de droit d'auteur ?

Ces questions, qui feront l'objet de la présente étude, seront traitées au regard de la pratique internationale en matière d'accords bilatéraux de protection des investissements. Une place importante sera également faite à

(6) Voir par exemple l'article 3.2 de l'Accord de promotion et de protection des investissements conclus le 4 novembre 1991 entre l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise (U.E.B.L.) et l'Uruguay :

Sous réserve des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public, ces investissements jouissent d'une sécurité et d'une protection constantes, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, de quelque manière que ce soit, leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance ou leur liquidation.

(7) Voir par exemple l'article 4 de l' Accord entre l'U.E.B.L. et la République du Chili du 15 juillet 1992 :

1. Chacune des Parties contractantes s'engage à ne prendre directement ou indirectement aucune mesure d'expropriation ou de nationalisation ni aucune autre mesure ayant des effets similaires a l'égard des investissements appartenant sur son territoire à des investisseurs de l'autre Partie contractante.

2. Si des impératifs d'utilité publique ou d'intérêt national justifient une dérogation au paragraphe 1, les conditions suivantes doivent être remplies :

a*) les mesures sont conformes à la procédure fixée par la loi ;*

b*) ces mesures ne sont ni discriminatoires, ni contraires à un engagement spécifique tel que prévu à l'article 7 du présent Accord ;*

c*) ces mesures sont assorties de dispositions prévoyant le paiement d'une indemnité adéquate et effective.*

l'analyse du projet d'A.M.I., qui systématise et multilatéralise les dispositions des conventions bilatérales (8), dans la mesure où c'est à l'occasion de la négociation de ce projet que de nombreuses interrogations ont été soulevées quant aux effets de l'inclusion des droits d'auteur dans un accord international de protection des investissements. On se souvient en effet que l'A.M.I. a fait couler beaucoup d'encre et suscité controverses et polémiques. Outre les reproches concernant les questions de souveraineté étatique, de protection des droits des travailleurs, de préservation de l'environnement et d'équilibre entre les droits et les responsabilités des investisseurs (9), nombre de critiques venues d'Europe se sont centrées sur les conséquences de l'A.M.I. dans le domaine culturel, en particulier sur l'audiovisuel et la propriété intellectuelle (10). Même si, suite au départ de la France des négociations en octobre 1998 (11), les États membres de l'O.C.D.E. ont décidé d'abandonner le projet d'Accord (12), ils ont réaffirmé dans le même temps que l'objectif commun demeurait la définition d'un cadre juridique multilatéral pour les investissements (13). Il est donc probable que cette question soit portée sous peu devant une autre enceinte internationale, telle que l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.) (14). Dans cette perspective, l'étude du projet d'A.M.I. conserve un intérêt évident.

Nous étudierons donc les rapports qu'entretiennent les Accords de protection des investissements avec, d'une part, les instruments internationaux relatifs au droit d'auteur (A) et, d'autre part, les législations nationales en matière de propriété littéraire et artistique (B).

(8) CARREAU, D., et JUILLARD, P., *op. cit.*, p. 399, n° 1064.

(9) SACERDOTI, G., « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection », *R.C.A.D.I.*, 1997, vol. 267, pp. 294-295 ; PICCIOTTO, S., « Linkages in international investment regulation : the antinomies of the draft Multilateral Agreement on Investment », *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 1998, Vol. 19, n° 3, pp. 747-748. Voir également la résolution du Parlement européen concernant les recommandations à la Commission concernant les négociations conduites dans le cadre de l'O.C.D.E. en vue d'un accord multilatéral sur les investissements, du 11 mars 1998.

(10) CARREAU, D., et JUILLARD, P., *op. cit.*, pp. 401-402, n° 1069 ; SACERDOTI, G., *op. cit.*, p. 295.

(11) *Libération*, 15 octobre 1998, p. 22 ; Déclaration liminaire de D.J. JOHNSTON, Secrétaire général de l'O.C.D.E., Consultations sur l'Accord Multilatéral sur les Investissements, 20 octobre 1998, SG/COM/NEWS(98)100, p. 2.

(12) O.C.D.E., Communiqué de presse du 3 décembre 1998, « Consultations informelles sur l'investissement international », SG/COM/NEWS(98)114.

(13) Déclaration du Président du Comité Exécutif en Session spéciale, communiqué de presse, O.C.D.E., 23 octobre 1998.

(14) C'est cette solution qui semble actuellement avoir la faveur de la plupart des délégations des États de l'O.C.D.E.

A. — Les rapports entre les Accords relatifs à la protection des investissements et les instruments internationaux relatifs au droit d'auteur

Après avoir constaté que la plupart des accords sur la protection des investissements incluent les droits d'auteur dans leur champ d'application (1), nous examinerons quelles sont les conséquences d'une telle inclusion sur l'application des Conventions internationales sur le droit d'auteur, soit en cas d'incompatibilité avec l'A.P.I. (2), soit par l'effet d'une clause de la nation la plus favorisée que l'A.P.I. contient (3).

1. — *L'inclusion des droits d'auteur dans le champ d'application des Accords relatifs à la protection des investissements*

Pour que les droits d'auteur entrent dans le champ d'application d'un accord de protection des investissements, il faut qu'ils soient visés par la définition de l'investissement donnée par l'accord (a) et qu'ils fassent partie d'un investissement admis par l'État sur le territoire duquel il est réalisé (b). En conclusion, nous dégagerons la portée exacte de l'inclusion des droits d'auteur dans la champ de la notion d'investissement (c).

a) *La définition de l'investissement*

L'étude de la pratique des A.P.I. révèle que les droits de propriété intellectuelle sont, de manière générale, inclus dans la définition de l'investissement. En effet, dans la pratique récente, la définition de la notion d'investissement s'accompagne d'une liste indicative d'éléments visés par cette notion, au rang desquels figurent, sauf rares exceptions (15), les droits d'auteur (16). On citera, à titre d'exemple, l'article 1er de l'Accord du 3 mars

(15) Dans des cas exceptionnels, seuls les droits de propriété industrielle, mais pas les droits d'auteur, sont repris expressément dans la liste indicative illustrant la notion d'investissement. Voir le modèle néerlandais d'Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements (1979) ou le projet de modèles de l'Asian-African legal consultative comittee (modèle A, alternative B ; modèle B, alternative B ; modèle C), publiés *in* United Nations Center on transnational corporations, *Bilateral Investment Treaties*, Graham & Trotman Limited, London, Dordrecht, Boston, 1988, p. 167 et pp. 196 et s.

(16) Pour la pratique belge, voir les accords concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements suivants : Accord entre l'U.E.B.L. et la République de Chypre du 26 février 1991 ; Accord entre l'U.E.B.L. et la République Orientale de l'Uruguay du 4 novembre 1991 ; Accord entre l'U.E.B.L. et la République du Chili du 15 juillet 1992 (tous publiés au *Moniteur belge* du 18 septembre 1997) ; Accord du 14 mai 1986 entre l'U.E.B.L. et la Hongrie (*M.B.*, 15 septembre 1988) ; Accord du 4 juin 1984 entre l'U.E.B.L. et la Chine (*M.B.*, 6 août 1986) ; Accord du 27 mars 1980 entre l'U.E.B.L. et le Cameroun (*M.B.*, 5 février 1982) ; Accord du 22 novembre 1979 entre l'U.E.B.L. et la Malaisie (*M.B.*, 30 mars 1982) ; Accord du 17 novembre 1978 entre l'U.E.B.L. et Singapour (*M.B.*, 10 mars 1981) ; Accord du 28 février

1992 entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise (U.E.B.L.) et la République de Mongolie concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements (17) qui dispose :

> *Le terme « investissement » désigne tout élément d'actif quelconque et tout apport direct ou indirect en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti dans tout secteur d'activité économique, quel qu'il soit, pour autant que l'investissement ait été réalisé en conformité avec les lois de la Partie contractante sur le territoire de laquelle il est situé. Sont considérés notamment, mais non exclusivement, comme des investissements au sens du présent Accord :*
>
> a) *les biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits réels tels que hypothèques, privilèges, gages, usufruit et droits analogues ;*
>
> b) *les actions, parts sociales et toutes autres formes de participations, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;*
>
> c) *les obligations, créances et droits. à toutes prestations ayant une valeur économique ;*
>
> d) les droits d'auteur, *les droits de propriété industrielle, (tels que, brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles et maquettes industrielles), les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et le fonds de commerce ;*
>
> e) *les concessions de droit public ou contractuelles, notamment celles relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles* (nous soulignons).

1977 entre l'U.E.B.L. et l'Egypte (*M.B.*, 2 décembre 1978) ; Accord du 20 décembre 1974 entre l'U.E.B.L. et la République de Corée (*M.B.*, 24 septembre 1976) ; voir également VAN DE VOORDE, W., « Belgian bilateral investment treaties as means for promoting and protecting foreign investments », *Studia Diplomatica*, 1991/1, pp. 96-97 ; SMETS, P., « La pratique belge en matière de protection bilatérale des investissements privés étrangers », *R.B.D.I.*, 1973, pp. 28 et s. Pour la pratique française, voir JUILLARD, P., « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *J.D.I.*, 1979, p. 317 et les accords cités ; pour la pratique allemande, voir KARL, J., « The promotion and protection of german foreign investment abroad », *ICSID Review*, 1997, pp. 6-7 et le modèle de traité concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements (1991), publié *in* DOLZER, R. and STEVENS, M., *Bilateral investment treaties*, Martinus Nijhof, The Hague/Boston/London, 1995, p. 187 ; pour la pratique suisse, voir HUU-TRU, N., « Le réseau suisse d'accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements, *R.G.D.I.P.*, 1988, pp. 594-595 et le modèle d'accord concernant le promotion réciproque et la protection des investissements (1986), publié *in* DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, p. 218 ; pour la pratique britannique voir MANN, F.A., « British treaties for the promotion and protection of investments », *B.Y.B.I.L.*, 1981, pp. 242-243 et le modèle d'accord pour la promotion et la protection des investissements, publié *in* DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, p. 228 ; pour la pratique néerlandaise, voir le modèle révisé d'Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements (1987), publié *in* United Nations Center on transnational corporations, *op. cit.*, p. 175 ; pour la pratique américaine, voir le United States prototype treaty concerning the reciprocal encouragement and protection of investment, publié *in* United Nations Center on transnational corporations, *op. cit.*, p. 184 ; pour la pratique autrichienne voir le modèle d'Accord pour la promotion et la protection des investissements (1994), publié *in* DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, p. 167 ; pour la pratique danoise, voir le modèle d'Accord concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, publié *in* DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, p. 176.

(17) *Moniteur belge*, 18 septembre 1997.

Pour les traités plus anciens où aucune liste indicative n'accompagne la définition de l'investissement (18), la doctrine s'accorde à dire que les droits de propriété intellectuelle doivent être considérés comme étant visés, en ce qu'ils constituent une part importante des investissements contemporains (19).

On constate donc que la pratique est fixée dans le sens de la couverture des droits de propriété intellectuelle par les Accords de protection des investissements (20). C'est ainsi que Jean-Pierre Laviec conclut qu'*en eux-mêmes, (...) les droits de propriété intellectuelle entrent dans le champ de la notion d'investissement* (21).

Il n'était donc guère surprenant que le projet d'A.M.I. (22), largement inspiré de la pratique des traités bilatéraux de protection des investissements, ait prévu d'inclure dans le champ de la définition des investissements les droits de propriété intellectuelle (23). Il définissait en effet « l'investissement » comme visant :

> *tout type d'actif détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur, notamment :*
>
> *(...) (vi) les droits de propriété intellectuelle ; (...).*

Le commentaire du projet précisait que la définition de « l'investissement » couvrait toutes les formes de droit de propriété intellectuelle, et notamment les droits d'auteur et les droits voisins (24).

Cette inclusion des droits d'auteur et des droits voisins dans le champ d'application de l'A.M.I. a été très critiquée et certains pays ont demandé que les droits de propriété littéraire et artistique ne soient pas visés par l'Accord. Ces critiques peuvent à première vue sembler surprenantes lorsque l'on sait qu'elles émanaient d'États, tels la France (25) ou la Belgique (26), qui traditionnellement incluent les droits d'auteur dans les

(18) Voir par exemple l'Accord du 28 avril 1965 entre l'U.E.B.L. et le Maroc (*M.B.*, 10 novembre 1967).

(19) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 24 ; PREISWERK, R., « New developments in bilateral investment protection », *R.B.D.I.*, 1967, p. 181.

(20) United Nations conference on trade and developpment, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, United Nations, New York and Geneva, 1998, pp. 33-35.

(21) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 28.

(22) Nous nous référerons pour la présente étude, sauf indication contraire, à la dernière version disponible du projet d'A.M.I., datant du 27 avril 1998 : *Accord Multilatéral sur les Investissements, Texte consolidé*, DAFFE/MAI/NM(98)2/REV1, consultable sur le site internet de l'O.C.D.E. (http://www.oecd.org).

(23) PICCIOTTO, S., *loc. cit.*, p. 756.

(24) *Commentaire du texte consolidé*, 13 mai 1998, DAFFE/MAI/NM(98)4/REV1, p. 7.

(25) Voir notamment la contribution de la France, « La propriété intelectuelle et l'A.M.I. », 12 novembre 1997, DAFFE/MAI/IP/RD(97)8, p. 2 ; Voir également la lettre du Président J. Chirac du 18 février 1998 adressée à la Fédération Européenne des Réalisateurs de l'Audiovisuel, publiée *in Mobilisation des auteurs contre l'A.M.I.*, Délégations générales de la S.A.C.D. et de la S.C.A.M., 1998.

(26) Voir la contribution de la Belgique, « la propriété intellectuelle », 6 janvier 1997, DAFFE/MAI/DG3/RD(96)11, p. 2.

A.P.I. auxquels ils sont partie (27). On en comprend mieux l'origine lorsque l'on sait que la plupart des A.P.I. conclus par les pays industrialisés le sont avec des pays en développement, importateurs de capitaux (28). La portée de l'inclusion des droits d'auteur dans le champ d'un accord de protection des investissements peut dès lors largement différer, sur le plan pratique si ce n'est sur le plan juridique, selon que cet accord est passé avec un État en développement ou, comme dans le cas de l'A.M.I., avec d'autres États industrialisés, tels les États-Unis, qui sont d'importants exportateurs d'œuvres littéraires et artistiques. Dès lors, si l'inclusion des droits de propriété intellectuelle dans le projet d'A.M.I. a soulevé tant d'opposition, ce n'est pas parce que cette inclusion aurait constitué une innovation juridique, mais parce qu'elle avait pour cadre un accord multilatéral de protection des investissements qui, pour la première fois, aurait lié entre eux des pays industrialisés exportateurs de capitaux (29).

b) *L'admission de l'investissement*

Le simple fait qu'un avoir entre dans le champ de la définition de l'investissement donnée par un traité bilatéral ne suffit en principe pas à le rendre éligible à la protection prévue par ce traité. Il faut généralement en outre que cet investissement ait été approuvé par l'État sur le territoire duquel il est réalisé (l'État d'accueil) (30). Il est donc reconnu à l'État d'accueil le droit d'établir des conditions à l'admission des investissements étrangers sur son sol, et ainsi de ne reconnaître les avantages établis par un traité bilatéral qu'aux investissements dûment admis (31). C'est ce qu'exprime, par exemple, l'article 3 de l'Accord du 27 novembre 1980 entre l'U.E.B.L. et Singapour :

> *Dans la mesure où une approbation est requise, le présent Accord ne s'appliquera qu'aux investissements, effectués avant ou après son entrée en vigueur, et*

(27) Ainsi le modèle français d'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements dispose-t-il que *le terme investissement désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement :*

(...) d) les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur (...) (modèle-type en vigueur en 1998, art. 1, § 1er).

Pour la pratique belge, voir les accords cités note 16.

(28) DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, p. XII ; LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 7 ; POGANY, I, « Bilateral investment treaties : some recent examples », *ICSID Review*, 1987, p. 459.

(29) CARREAU, D., et JUILLARD, P., *op. cit.*, pp. 400-401, n° 1067.

(30) *Bilateral investment treaties, op. cit.*, p. 23.

(31) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 54 ; DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, p. 50 ; SALEM, M., « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *J.D.I.*, 1986, p. 603 ; KARL, J., *loc. cit.*, p. 9.

qui auront été spécifiquement approuvés par écrit par la Partie Contractante sur le territoire de laquelle les investissements ont été ou seront effectués (32).

L'admission des investissements se fait au regard de la législation de l'État d'accueil. Ses modalités peuvent varier de la simple notification à l'autorisation préalable, en passant par l'agrément (33). L'admission peut prendre la forme d'un acte administratif unilatéral ou d'une convention conclue entre l'État d'accueil et l'investisseur (34). À travers l'exigence de l'admission des investissements, il s'agit de préserver la faculté de l'État d'accueil de déterminer librement sa politique économique et de n'accorder le bénéfice de la protection d'un traité bilatéral qu'aux investissements dont il considère qu'ils contribueront favorablement au développement de son économie (35).

L'exigence de l'admission comme condition d'éligibilité à la protection implique ainsi que les droits d'auteur ne bénéficieront des dispositions d'un traité bilatéral que s'ils font partie d'un projet d'investissement dûment admis dans l'État d'accueil.

Seuls les traités conclus par les États-Unis, fondés sur une conception d'*open door policy*, ne contiennent aucune clause faisant référence à la législation de l'État d'accueil en ce qui concerne l'admission de l'investissement et postulent donc un véritable droit de l'investisseur à l'établissement de son investissement, sous réserve du refus fondé sur des motifs de sécurité nationale (36).

Directement inspiré de la pratique américaine, le projet d'A.M.I. ne prévoyait nulle part la nécessité de l'admission par l'État d'accueil des investissements visés par l'Accord. Bien au contraire, le projet interdisait que l'établissement d'un investissement puisse être subordonné au respect d'obligations de résultat, telles que le transfert de technologie, le recrutement d'un niveau donné de nationaux, l'achat de biens ou de services nationaux, ou à tout autre engagement (37) et soumettait cet établissement au traitement national. Par conséquent, l'État d'accueil perdait toute pos-

(32) L'exigence de l'admission de l'investissement peut également découler de la définition même de l'investissement. Voir par ex. le modèle français d'Accord, précité, art. 1, § 1er : *Il est entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis* conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, *avant ou après l'entrée en vigueur du présent accord* (nous soulignons).

(33) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 65 ; DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, p. 54.

(34) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 67.

(35) HUU-TRU, N., *loc. cit.*, pp. 596-597 ; LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 62.

(36) SALEM, M., *loc. cit.*, p. 605 ; DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, pp. 56-57 ; CARREAU, D., et JUILLARD, P., *op. cit.*, pp. 435-436, n° 1156 et s. Voir les articles II et VI du modèle américain de traité concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements (1994).

(37) Projet d'A.M.I., précité, Art. III, Obligations de résultat, § 1er, pp. 20-23. Seuls l'octroi ou le maintien de certains avantages pouvaient être subordonnés au respect de certaines obligations, énumérées limitativement dans le projet d'accord (Art. III, Obligations de résultat, § 2, p. 23).

sibilité de fixer des conditions nécessaires à l'admission sur son territoire d'un investissement étranger émanant d'une partie contractante.

On constate ainsi que le projet d'A.M.I., en ne prévoyant pas l'admission de l'investissement comme une condition d'éligibilité à la protection, allait beaucoup plus loin que ce que prévoyait la pratique conventionnelle de la plupart des États membres de l'O.C.D.E. (38). Cela aurait impliqué que toute opération d'investissement incluant des droits d'auteur auraient automatiquement bénéficié des dispositions protectrices de l'A.M.I., indépendamment de toute admission.

c) *La portée de l'inclusion des droits d'auteur dans le champ de la définition de l'investissement*

En conclusion, il convient de préciser la portée exacte de la mention des droits d'auteur dans la définition de l'investissement. Cette mention implique-t-elle que tous les droits d'auteur dont sont titulaires les ressortissants d'une Partie contractante bénéficieront automatiquement de la protection de l'A.P.I. sur le territoire de l'autre Partie, ou faut-il que ces droits d'auteur réunissent en outre les caractéristiques propres à un investissement ?

La formulation de la définition de l'investissement dans de nombreux A.P.I. laisse entendre que tous les éléments figurant dans la liste indicative accompagnant la définition sont *ipso facto* assimilés à des investissements. C'est le cas de la définition prévue par le modèle français d'A.P.I. (1998) :

> *Le terme « investissement » désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement :*
>
> a) *les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues ;*
>
> b) *les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Partie contractantes ;*
>
> c) *les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;*
>
> d) *les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ;*
>
> e) *les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes.*

La combinaison de la définition générique de l'investissement (*tous les avoirs*) et de l'énumération catégorielle des éléments qui en font partie semble indiquer que l'instrument se propose de protéger l'ensemble des

(38) CARREAU, D., et JUILLARD, P., *op. cit.*, pp. 442-443, n^{os} 1179 et s. ; PICCIOTTO, S., *loc. cit.*, p. 758.

biens étrangers, qu'ils présentent ou non les caractéristiques d'un véritable investissement (39). Cette interprétation doit toutefois être largement nuancée.

D'une part, comme nous l'avons vu, un investissement doit en règle générale être admis par l'État sur le territoire duquel il est réalisé. Dans ce cas, la notion d'investissement renvoie à la définition particulière qui en est donnée par la législation relative à l'admission existant dans cet État, ce qui exclura en principe la protection de biens étrangers qui ne s'inscrivent pas dans un véritable projet d'investissement (40). D'autre part, certains A.P.I. ont une formulation de la définition de la notion d'investissement plus précise qui aboutit à ne viser les biens étrangers que s'ils constituent d'authentiques investissements (41). C'est ainsi que l'A.P.I. entre l'U.E.B.L. et le Chili énonce (Art. 1er) :

> *Le terme « investissements » désigne tout actif quelconque et tout apport en numéraire, en nature ou en services,* investi ou réinvesti directement ou indirectement dans tout secteur d'activité économique, *quel qu'il soit* (nous soulignons).

De même, dans le projet d'A.M.I., alors que le libellé de la définition de l'investissement est susceptible de couvrir indifféremment tous les biens étrangers, il a été ajouté en note :

> *Dans un souci de plus grande sécurité juridique, il faudrait une note interprétative indiquant que, pour être considéré comme un investissement dans le cadre de l'A.M.I., un actif devra avoir les caractéristiques d'un investissement, notamment l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'atteinte d'un gain ou d'un bénéfice, ou la prise en charge d'un risque* (42).

On constate donc que dans les A.P.I., soit que ceux-ci se réfèrent à l'admission, soit qu'ils le précisent dans la définition de l'investissement, la notion d'« investissement » n'englobe finalement pas les biens et droits étrangers en général, mais uniquement une partie d'entre eux (43). C'est à cette conclusion qu'aboutit J.-P. Laviec :

> *Il existe donc deux notions, auxquelles deux régimes juridiques distincts sont applicables. Pour l'une, les « biens » (au sens large), les règles du droit international général s'appliquent ; pour la seconde les « investissements », ce sont les règles de promotion et de protection convenues entre les Parties qui sont applicables. (...) (Cette) conclusion s'impose pour l'ensemble des Conventions d'investissement* (44).

(39) CARREAU, D., et JUILLARD, P., *op. cit.*, p. 400, nos 1066-1067 ; SACERDOTI, G., *op. cit.*, p. 310.
(40) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, pp. 18-19.
(41) SACERDOTI, G., *op. cit.*, p. 310.
(42) Projet d'A.M.I., précité, Art. II, p. 11, note 2.
(43) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 22.
(44) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 23.

Il découle de cette distinction que n'entreront pas dans le champ des A.P.I. les simples transactions commerciales internationales ou les biens et droits considérés sous l'angle du patrimoine personnel (45). Ce principe est également valable pour le projet d'A.M.I. (46).

Il résulte de tout cela que les droits d'auteur ne seront couverts par un A.P.I. que s'ils s'inscrivent dans une véritable opération d'investissement réalisée sur le territoire de l'autre Partie contractante (même si celle-ci ne doit pas être admise par l'État d'accueil, comme c'était le cas dans le projet d'A.M.I.). S'agissant de l'exploitation de droits d'auteur, l'investissement se concrétisera généralement par la création d'une société locale (société de production, de distribution...). Ne bénéficieront pas de la protection de l'A.P.I. les simples opérations commerciales dont peuvent faire l'objet les droits d'auteur, dans le cadre de fourniture transfrontières de produits ou de services (par ex. services en ligne, exportation d'exemplaires d'œuvres,...).

Au delà des formulations un peu malheureuses, la mention des droits d'auteur dans la définition de l'investissement n'a en définitive pas pour effet de les « assimiler » purement et simplement aux « investissements » (47), mais indique que ces droits sont *susceptibles* d'être considérés comme des investissements, s'ils présentent par ailleurs les caractéristiques propres à cette notion. Ce ne sont pas les droits d'auteur *en tant que tels* qui sont visés par les A.P.I., mais seulement ces droits en tant qu'ils peuvent constituer, le cas échéant, des investissements. Cette précision est fondamentale afin de correctement déterminer la portée que peuvent avoir les A.P.I. sur la matière de la propriété littéraire et artistique.

2. — *Les conflits entre accords de protection des investissements et instruments internationaux sur le droit d'auteur*

Actuellement, le droit d'auteur et les droits voisins sont régis sur le plan international par plusieurs Conventions, au rang desquelles il faut citer en particulier la Convention d'Union de Berne de 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (révisée à Paris en 1971), La Convention universelle de Genève de 1952 sur le droit d'auteur, la Convention de Rome de 1961 sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, l'Accord A.D.P.I.C. (Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle relatifs au Com-

(45) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, pp. 21-22.

(46) SACERDOTI, G., *op. cit.*, p. 294 ; CARREAU, D., et JUILLARD, P., *op. cit.*, p. 406, n° 1082.

(47) Cette crainte de l'assimilation des droits d'auteur à l'investissement a été formulée à l'occasion des négociations de l'A.M.I. Voir not. RALITE, J., « Vers un droit d'auteur sans auteurs », *Le Monde* Diplomatique, mars 1998, p. 5 ; Société des gens de lettres de France, « Les dangers de l'A.M.I. pour l'écrit », *in Mobilisation des auteurs contre l'A.M.I., op. cit.*

merce) du 15 avril 1994 conclu dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.) et les deux Traités de l'O.M.P.I. (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) du 20 décembre 1996, sur le droit d'auteur, d'une part, sur les interprétations et les exécutions de phonogrammes, d'autre part.

À ces Conventions, il convient d'ajouter pour les États membres de la Communauté européenne les directives harmonisant les législations nationales en matière de droit d'auteur et de droits voisins (48).

Dans la mesure où, comme on l'a vu, les droits d'auteur et les droits voisins sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la plupart des traités de protection des investissements, quelle sera l'influence de ces traités sur l'application des Conventions internationales relatives au droit d'auteur ? Si l'on imagine la situation d'un État partie à plusieurs accords bilatéraux de protection des investissements et à différentes Conventions relatives au droits d'auteur, les dispositions de quel texte faudra-t-il faire prévaloir en cas d'incompatibilité d'application entre ces deux catégories de traités ?

Cette problématique a été mise particulièrement en lumière à l'occasion des négociations de l'A.M.I. Il faut à cet égard rappeler que l'ensemble des États membres de l'O.C.D.E. sont également parties à la Convention de Berne et à l'Accord A.D.P.I.C. Certains ont ainsi craint que le régime des droits de propriété intellectuelle ne soit désormais régi exclusivement par l'A.M.I., qui aurait dès lors été appelé à supplanter les Conventions relatives au droit d'auteur (49).

L'ensemble de ces questions soulèvent le problème du conflit entre traités successifs, qui doit se régler au regard des règles pertinentes du droit international, et plus spécialement du droit des traités. Nous établirons ainsi que les rapports entre les Accords de protection des investissements et les Conventions sur le droit d'auteur doivent se régler au regard du principe *lex specialis derogat generali* (b), et cela après avoir préalablement écarté l'application de la règle *lex posterior derogat priori* (a).

(48) En particulier les directives relatives à la protection des logiciels (91/250 du 14 mai 1991), aux droits de location et de prêt et à certains droits voisins (92/100 du 19 novembre 1992), à la transmission par câble et la radiodiffusion par satellite (93/83 du 27 septembre 1993), à la durée des droits d'auteur et des droits voisins (93/98 du 29 octobre 1993), à la protection juridique des bases de données (96/9 du 11 mars 1996).

(49) Fédération Européenne des Réalisateurs de l'Audiovisuel, « Conséquences de l'A.M.I. sur les fonds de soutien de l'audiovisuel et sur le droit d'auteur continental », 30 décembre 1997, publié *in Mobilisation des auteurs contre l'A.M.I., op. cit.* ; Société des Réalisateurs de Films, Union des Producteurs de Films, Syndicat Français des Artistes-Interprètes, « Des griffes du Gatt au piège de l'A.M.I. », pp. 2-3, publié *in Mobilisation des auteurs contre l'A.M.I., op. cit.* ; S.A.C.D. (France), « L'A.M.I., c'est l'ennemi de la création en Europe, http://www.sacd.fr.

a) *La règle* lex posterior derogat priori *n'est pas applicable aux rapports entre les Accords de protection des investissements et les Conventions sur le droit d'auteur*

Lors des négociations relatives à l'A.M.I., nombre d'associations d'auteurs ou de producteurs ont critiqué l'inclusion des droits d'auteur dans le champ d'application de l'Accord en estimant que cette inclusion aurait pour conséquence que, dans le domaine du droit d'auteur, l'A.M.I. se substituerait aux Conventions internationales existantes, notamment la Convention de Berne et les accords A.D.P.I.C. Cette position se fondait sur l'article 30, § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui règle la question du conflit entre traités successifs liant deux mêmes États en prévoyant que la priorité doit être donnée au dernier traité en date (*lex posterior derogat priori*) (50). Ainsi, selon la Société des Réalisateurs de Films, l'Union des Producteurs de Films et le Syndicat Français des Artistes-interprètes,

> *L'A.M.I. ne fait aucune référence aux conventions internationales existantes en matière de propriété littéraire et artistique. Or l'article 30 de la Convention de Vienne (...) stipule : « lorsque toutes les parties au Traité antérieur sont également parties au Traité postérieur, sans que le Traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le Traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du Traité postérieur ». De ce fait l'A.M.I. aura prééminence sur tout Traité antérieur. Ainsi, l'ensemble du cadre réglementaire construit à l'O.M.P.I. pourrait s'effondrer* (51).

Plusieurs délégations aux négociations de l'A.M.I. semblent s'être fondées sur le même raisonnement, estimant que, sauf exclusion expresse des droits d'auteur, certaines dispositions de l'Accord seraient appelées à supplanter celles prévues par les Conventions sur la propriété littéraire et artistique (52). Il en était ainsi notamment de la règle du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée, faisant l'objet d'exceptions dans le cadre de la Convention de Berne et des Accords A.D.P.I.C., mais formulées sans aucune restriction dans le projet d'A.M.I.

(50) REUTER, P., *Introduction au droit des traités*, 3e éd., Paris, P.U.F., 1995, p. 119, n° 201 ; MUS, J.B., « Conflicts between treaties in international law », *N.I.L.R.*, 1998, p. 219.

(51) Société des Réalisateurs de Films, Union des Producteurs de Films, Syndicat Français des Artistes-Interprètes, « Des griffes du Gatt au piège de l'A.M.I. », *loc. cit.*, p. 3. Egalement en ce sens, S.A.C.D. (France), « L'A.M.I., c'est l'ennemi de la création en Europe, *loc. cit.* ; Organisation Centrale de l'Industrie Cinématographique (R.F.A.), Lettre au Ministre Fédéral de l'Economie du 18 décembre 1997, publiée *in Mobilisation des auteurs contre l'A.M.I., op. cit.* ; Fédération Européenne des Réalisateurs de l'Audiovisuel, « Conséquences de l'A.M.I. sur les fonds de soutien de l'audiovisuel et sur le droit d'auteur continental », *loc. cit.*

(52) Voir notamment les contributions de la Belgique, « la propriété intellectuelle », 6 janvier 1997, précitée, p. 2 ; de l'Italie, « la propriété littéraire et artistique dans l'A.M.I. », 7 novembre 1997, DAFFE/MAI/IP/RD(97)3 p. 3 ; du Canada, « la propriété intellectuelle dans l'A.M.I. », 31 janvier 1997, DAFFE/MAI/DG3/RD(97)4, p. 3 ; de la France, « la propriété littéraire et artistique dans l'A.M.I. », 23 octobre 1996, DAFFE/MAI/RD(96)46, p. 3.

Si l'on généralise cette position formulée à propos de l'A.M.I. à l'ensemble des rapports entre Accords de protection des investissements et Conventions sur le droit d'auteur, cela signifierait que lorsque deux États sont à la fois partie à un A.P.I. et à une Convention sur la propriété littéraire et artistique, c'est le dernier traité en date (53) qui aura la primauté sur l'autre.

Illustrons les implications de ce raisonnement en se référant aux relations entre la Belgique et la Hongrie. Ces deux États sont partie à la Convention d'Union de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, la Belgique depuis 1887, la Hongrie depuis 1922. Ils ont conclu en 1986 un accord bilatéral de protection des investissements, incluant les droits d'auteur, entré en vigueur en 1988 (54). Ils sont membres de l'O.M.C. et donc liés par les Accords A.D.P.I.C. de 1994.

Si, sur une question de droit d'auteur, un conflit surgissait concernant l'application concurrente de plusieurs de ces traités, à quelles solutions aboutirait dans un tel cas la mise en œuvre de la règle *lex posterior* ? On note qu'entre 1922 et 1988, la question aurait été traitée au regard de la seule Convention de Berne, qu'entre septembre 1988 et 1994, primauté aurait été donnée au traité bilatéral de protection des investissements, et qu'après 1994, le traité bilatéral aurait lui-même été supplanté par les dispositions des Accords A.D.P.I.C. Et dans l'hypothèse où l'A.M.I. aurait été adopté, et que la Belgique et la Hongrie, tous deux membres de l'O.C.D.E., y soient devenues parties, la préséance lui aurait été accordée, du moins jusqu'à l'éventuelle conclusion d'une nouvelle Convention sur le droit d'auteur au sein de l'O.M.P.I.... Les questions de droit d'auteur soulevées dans les relations entre ces deux États auraient donc été traitées par priorité tantôt par une Convention sur le droit d'auteur, tantôt par un Accord sur les investissements, selon la période considérée.

On perçoit d'emblée, à travers cet exemple, la caractère assez artificiel et peu cohérent des solutions auxquelles aboutirait la règle *lex posterior derogat priori* dans ce cas, sauf à postuler une intention législative particulièrement versatile des États. Cela nous amène à nous interroger sur la pertinence de la règle *lex posterior* pour régler les éventuels conflits entre les Conventions sur le droit d'auteur et les traités de protection des investissements.

Il apparaît en réalité que c'est au terme d'une interprétation erronée de l'article 30 § 3 de la Convention de Vienne qu'il a été soutenu que c'est à l'aune de la règle *lex posterior* que devraient s'évaluer les relations entre Accords sur les investissements et Conventions sur la propriété littéraire et

(53) La date à prendre en considération est celle de l'adoption du traité, et non celle de son entrée en vigueur ou de sa ratification (Conférence des Nations-Unies sur le droit des traités, *Documents officiels*, 2e session, 1969, p. 270, § 39 ; REUTER, P., *op. cit.*, p. 140, n° 201).

(54) Accord du 14 mai 1986 entre l'U.E.B.L. et la Hongrie, *M.B.*, 15 septembre 1988.

artistique. Reprenons ainsi le texte de l'article 30 de la Convention de Vienne :

> *§ 1er. Sous réserve des dispositions de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des États parties à des traités successifs* portant sur la même matière *sont déterminés conformément aux paragraphes suivants. (...)*
>
> *§ 3. Lorsque toutes les Parties au Traité antérieur sont également parties au Traité postérieur, sans que le Traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le Traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du Traité postérieur.*
>
> *§ 4. Lorsque les Parties au traité antérieur ne sont pas toutes Parties au traité postérieur :*
>
> a*) dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au § 3 ; (...)* (nous soulignons).

On remarque que le libellé du § 1er indique que la règle *lex posterior*, consacrée au § 3 et 4 de l'article 30, n'est applicable que lorsque l'on est en présence de traités successifs *portant sur la même matière*. Mais que faut-il entendre exactement par l'expression « traités portant sur la même matière » ? Appelé, lors de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités, à expliciter la portée à donner à ces termes, l'expert-conseil a déclaré qu'

> *ils ne doivent pas être interprétés comme s'appliquant aux cas où un traité de portée générale recouvre indirectement la teneur d'une disposition particulière d'un traité antérieur ; en pareil cas, la question met en jeu des principes tels que* generalia specialibus non derogant (...).

La doctrine s'accorde ainsi à dire que deux traités ne seront considérés comme portant sur la même matière que si l'objet de ces deux traités est identique et présente un degré de généralité comparable (55).

Par conséquent, la règle *lex posterior* ne pourrait être jugée applicable aux conflits entre accords de protection des investissements et conventions sur le droit d'auteur et les droits voisins que s'il était permis de conclure que ces deux types de traités portent sur « la même matière », avec « un degré de généralité comparable ». Or, il apparaît clairement que ces deux catégories de traités possèdent des objets différents, et ne portent ainsi pas sur « la même matière ».

Les Conventions sur le droit d'auteur ont pour objet la protection des droits des auteurs sur les œuvres littéraires et artistiques. Les Conventions sur les droits voisins visent à octroyer des droits aux interprètes, aux producteurs de phonogrammes et aux organismes de radiodiffusion sur certaines de leurs prestations liées à la création (interprétation, première fixa-

(55) REUTER, P., *op. cit.*, p. 119, n° 201 ; ROUCOUNAS, E., « Engagements parallèles et contradictoires », *R.C.A.D.I.*, 1987, VI, p. 81 ; QUOC DINH, N., DAILLER, P., PELLET, A., *Droit international public*, 5e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 265, n° 176.

tion de sons, diffusion de sons et/ou d'images). Elles prévoient à cet effet des règles détaillées définissant les prérogatives des auteurs et des titulaires de droits voisins et leurs limites.

Les A.P.I. portent sur la protection des investissements étrangers. Même s'ils rangent au sein des investissements qu'ils couvrent les droits d'auteur, on ne saurait en inférer qu'ils portent sur la matière du droit d'auteur. En effet, les A.P.I. ne prévoient que des règles générales applicables indistinctement à tout avoir pouvant être considéré comme un investissement, et ne contiennent aucune règle qui appréhenderait de manière spécifique les droits d'auteur et les droits voisins ou permettrait de définir les droits des auteurs sur leurs œuvres ou des titulaires de droits voisins sur leurs prestations. Ils n'ont dès lors certainement pas pour objet la protection du droit d'auteur ou des droits voisins. C'est ainsi que Jean-Pierre Laviec conclut que

> *les Conventions (de protection des investissements) ne sauraient être conçues comme des ersatz des traités réglementant les droits de propriété intellectuelle* (56).

Force est donc de constater que les A.P.I. et les conventions sur le droit d'auteur et les droits voisins portent sur des matières différentes, ce qui écarte toute application de l'article 30 de la Convention de Vienne en cas de conflit entre ces deux types de traités. C'est donc vers une autre règle que celle de la *lex posterior* qu'il faut se tourner pour déterminer l'ordre de priorité entre A.P.I. et conventions sur le propriété intellectuelle.

b) *Les rapports entre les accords de protection des investissements et les conventions sur le droit d'auteur doivent se régler au regard du principe* lex specialis derogat generali

Une fois établi que les A.P.I. n'ont pas pour objet la matière du droit d'auteur, il apparaît que ce n'est que d'une manière indirecte, incidente, que les règles générales de protection des investissements qu'ils contiennent pourraient poser des problèmes de compatibilité avec certaines dispositions des Conventions sur le droit d'auteur. Un exemple nous en est donné par les dispositions prévues par les accords de protection des investissements sur l'expropriation des investissements. Ainsi, le projet d'A.M.I. comprenait, comme il est de tradition dans les A.P.I. (57), une disposition relative à l'expropriation qui fixait les conditions sous lesquelles une telle mesure pouvait être adoptée à l'égard d'un investissement (58) :

> *Une partie contractante ne peut exproprier ou nationaliser directement ou indirectement un investissement réalisé sur son territoire par un investisseur d'une*

(56) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 110.

(57) Voir DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, pp. 100-102 ; LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, pp. 164 et s.

(58) Projet d'A.M.I., précité, p. 61.

autre partie contractante, ni prendre une ou plusieurs mesures d'effet équivalent (ci-après dénommées « expropriation »), sauf lorsque cette expropriation :

a) *est effectuée pour des motifs d'intérêt public,*

b) *n'est pas discriminatoire,*

c) *respecte les garanties prévues par la loi,*

d) *est accompagnée du prompt versement d'une indemnité adéquate et effective conformément aux articles ci-dessous.*

Certaines délégations ont estimé que cette disposition de l'Accord serait de nature à porter atteinte au régime des exceptions au droit d'auteur établi par la Convention de Berne et l'Accord A.D.P.I.C. (59). Ces deux Conventions permettent aux États parties, dans certains cas spéciaux, d'introduire des exceptions aux droits exclusifs de l'auteur sur son œuvre (60). Elles ne précisent toutefois pas si ces exceptions doivent nécessairement donner lieu à compensations financières au profit de l'auteur (61). Il a dès lors été craint que les législations prévoyant des exceptions aux droits d'auteur sans rémunération (62) ou avec une rémunération (63) qui pourrait être jugée insuffisante ne soient assimilées à des mesures ayant des effets équivalents à une expropriation d'un investissement, ce qui permettrait aux auteurs de réclamer une indemnité aux États concernés (64).

Nous sommes là dans l'hypothèse où une disposition générale prévue par un A.P.I., applicable à tous types d'investissement, est susceptible d'entrer en conflit avec des règles propres aux droits d'auteur, établies par les Conventions relatives à la propriété intellectuelle. Dans un tel cas, où *un traité de portée générale recouvre indirectement la teneur d'une disposition particulière d'un (autre) traité*, le problème de contradiction *met en jeu des principes tels que* generalia specialibus non derogant (65). C'est donc par réfé-

(59) Projet d'A.M.I, *Commentaire*, octobre 1997, DAFFE/MAI(97)1/REV2, p. 124 ; Contribution du Canada, « Commentaires sur la propriété intellectuelle dans l'A.M.I. », 31 janvier 1997, DAFFE/MAI/DG3/RD(97)4, p. 3 ; Note by the Finnish delegation, « Application of the MAI to « the investment aspect » of IPRS », 22 décembre 1997, DAFFE/MAI/IP/RD(97)12, p. 2 ; Contribution de la France, « La propriété intellectuelle et l'A.M.I. », 12 novembre 1997, précitée.

(60) Article 9, § 2 de la Convention de Berne, Acte de Paris (exceptions au droit de reproduction) ; Article 13 de l'Accord A.D.P.I.C. (exceptions à l'ensemble des droits). Ces dispositions fondent par exemple les exceptions de copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles ou de reprographie, prévues dans la plupart des législations nationales.

(61) KEREVER, A., « Droit d'auteur et mondialisation », *Cahiers Prop. Int.*, 1997, vol. 10, p. 23.

(62) Par exemple, l'exception de reproduction réservée à l'usage privé, telle que prévue par la loi française (art. 122-5 du code de la propriété intellectuelle).

(63) Par exemple, les exceptions de copie privée d'œuvres sonores ou audiovisuelles et de reproduction dans un but privé, d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, telles que prévues par la loi belge, qui donnent lieu à rémunération (articles 22, 22*bis*, 59 et 60 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins).

(64) Voir, outre les références citées note 52, la note du Secrétariat de l'O.M.C., « Relationship of proposed MAI provisions to the WTO », DAFFE/MAI/RD(96)37, pp. 2-3.

(65) Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Doc. Off.*, 2e session, 1969, p. 270, § 41. Voir également CZAPLINSKI, W., and DANILENKO, G., « Conflicts of norms in international law », *N.I.L.R.*, 1990, p. 20 ; REUTER, P., *op. cit.*, p. 119, n° 201 ; ROUCOUNAS, E., *loc. cit.*, p. 83.

rence au principe *lex specialis derogat generali* que le conflit de traités devra être résolu : la règle particulière doit primer sur la règle générale, et ce indépendamment de tout critère chronologique (66). Pour reprendre notre exemple, c'est le régime d'exceptions aux droits d'auteur prévu par les Conventions sur la propriété intellectuelle (*lex specialis*) qui doit prévaloir sur les règles relatives à l'expropriation des investissements établies par les A.P.I. (*lex generalis*). De manière plus générale, chaque fois que se pose une question spécifique de droit d'auteur, c'est donc aux dispositions des Conventions sur la propriété littéraire et artistique que la priorité doit être accordée, et non à celles des Accords de protection des investissements.

On réalise ainsi que les craintes de voir les A.P.I. prendre le pas sur les Conventions sur le droit d'auteur, formulées lors des négociations de l'A.M.I., s'avèrent non fondées une fois qu'est faite une correcte application du droit international des traités. À cet égard, on ne peut qu'être surpris qu'après plus de trois ans de discussions sur l'A.M.I., le groupe de négociation en ait été encore à énoncer :

> *Il faut étudier de plus près les liens entre l'A.M.I. et les autres accords internationaux concernant la propriété intellectuelle, en particulier lorsque ces accords comportent des normes de traitement qui diffèrent de celles de l'A.M.I. ou lorsqu'ils comportent un mécanisme de règlement des différends* (67).

Outre le fait que cette phrase est formulée de manière erronée — elle laisse entendre que l'A.M.I. constitue un « accord concernant la propriété intellectuelle » (« ... l'A.M.I. et les *autres* accords internationaux concernant la propriété intellectuelle... »), ce qui, comme nous l'avons vu, n'est pas le cas — elle révèle que les travaux du groupe de négociation sur la propriété intellectuelle se sont déroulés sans qu'aucune étude préalable sérieuse sur les principes de droit international permettant de régler les éventuels conflits entre l'Accord et les Conventions sur la propriété intellectuelle n'ait été réalisée. C'est ainsi que de nombreuses délégations ont déposé des amendements à quantité de dispositions générales de l'A.M.I. (68), qu'il s'agisse des règles relatives à l'expropriation, au traitement national, à la clause N.P.F., aux obligations de résultat ou au règlement des différends, en vue d'éviter les éventuels effets néfastes de ces dispositions sur les principes établis par les Conventions sur le droit d'auteur et les droits voisins existantes, là où un simple renvoi au droit commun des traités, en particulier à la règle *lex specialis*, aurait suffi. Ces amendements étaient donc non seulement inu-

(66) Si la règle *lex specialis* n'a pas été explicitement consacrée par la Convention de Vienne sur le droit des traités, elle est appliquée fréquemment par la jurisprudence internationale : voir not. C.P.J.I., Affaire des *Concessions Mavrommatis*, Série A, n° 2, pp. 31-32 ; C.I.J., Affaire *Ambatielos, Rec. 1952*, p. 58 ; Tribunal des différends Irano-Américains, *INA Corp. v. the Government of the Islamic Republic of Iran, ILR*, 1987, vol. 75, n° 161 ; Affaire du *Filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent, R.S.A.*, vol. XIX, 1990, pp. 254-257, § 49-51.

(67) Projet d'A.M.I., *Commentaire*, précité, p. 7, § 13.

(68) Projet d'A.M.I., précité, pp. 52-55.

tiles mais également source de confusion, dans la mesure où ils paraissaient attester du fait que les dispositions de l'A.M.I., en l'absence de dérogation expresse, auraient pu modifier certains principes du droit d'auteur. Il semble bien que dans le cadre des négociations sur l'A.M.I., on ait voulu bâtir sur du sable...

3. — *Le régime de la nation la plus favorisée prévu par les accords de protection des investissements : impact sur le droit d'auteur*

Après avoir examiné l'étendue des clauses de la nation la plus favorisée prévues dans les accords de protection des investissements (a), nous étudierons quel peut être l'impact de telles clauses en matière de droits d'auteur (b).

a) *Les clauses de la nation la plus favorisée dans les accords de protection des investissements*

Traditionnellement, les A.P.I. prévoient que le traitement et la protection des investissements sont soumis au régime de la nation la plus favorisée. C'est ainsi que l'article 2, § 2 de l'A.P.I. conclu entre l'U.E.B.L. et Singapour (69) dispose que

> *Les investissements effectués par des ressortissants de l'une des Parties Contractantes, se verront accorder sur le territoire de l'autre Partie Contractante, un traitement juste et équitable et jouiront d'une protection et d'une sécurité constante, excluant toutes mesures injustifiées ou discriminatoires qui entraveraient en droit ou en fait, leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance ou leur liquidation,* et qui seraient contraires au principe de la nation la plus favorisée (nous soulignons).

Toutefois, il est souvent précisé que le régime de la nation la plus favorisée ne s'étend pas aux avantages conférés dans le cadre d'unions douanières ou économiques. Cette exception figure toujours dans les A.P.I. conclus par les États membres de la Communauté européenne (70). Un exemple nous en est donné par le § 3 de l'article 2 de l'Accord entre l'U.E.B.L. et Singapour, mentionné ci-avant, qui stipule que

> *Néanmoins, le traitement et la protection mentionnés aux paragraphes précédents ne comprendront pas les privilèges qui pourraient être octroyés par l'une des Parties Contractantes en vertu d'accords régionaux en matière douanière, commerciale, tarifaire, monétaire ou de toute convention tendant à aboutir à de tels accords régionaux.*

(69) Accord précité.

(70) Voir not. le modèle français de traité, art. 4, précité ; le Traité du 3 mai 1996 entre la R.F.A. et le Kenya concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, art. 3, § 3. Voir également DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, p. 71 ; LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 101 ; *Bilateral investment treaties, op. cit.*, p. 49.

Le projet d'A.M.I. prévoyait également que le traitement des investisseurs et des investissements serait soumis au régime de la nation la plus favorisée, mais ne réservait nulle part le cas des unions douanières ou économiques. L'Accord énonçait en effet en sa section III (Traitement des investisseurs et des investissements) (71) :

> *(...) 2. Chaque partie contractante accorde aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde aux investisseurs d'une autre partie contractante ou d'une partie non contractante, ainsi qu'aux investissements des investisseurs de toute autre partie contractante ou d'une partie non contractante, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation d'investissements.*

La Communauté européenne avait plaidé pour l'introduction d'une exception à la clause N.P.F. pour les mesures octroyées dans le cadre d'organisations d'intégration économique régionale, mais, dans le dernier état du projet, cette proposition n'avait toujours pas été intégrée au texte de l'Accord (72). En l'absence d'une telle exception expresse, la portée exacte de la clause N.P.F. prévue par le projet d'A.M.I. aurait été douteuse, s'agissant de son application aux mesures privilégiées accordées entre États membres d'une organisation d'intégration économique, telle que la Communauté européenne. En effet, les opinions restent divisées sur le point de savoir s'il existe une présomption selon laquelle les unions régionales sont exclues du régime N.P.F., ou au contraire si toute exclusion de ce type doit être stipulée expressément (73). Ainsi, la Commission du droit international a, dans son projet d'articles relatif à « la clause de la nation la plus favorisée », décidé de ne pas faire figurer un article prévoyant une exception pour le cas des unions douanières, devant le caractère peu concluant des observations faites à ce sujet (74). Elle a néanmoins indiqué que *le silence du projet d'articles ne pourrait être interprété comme la reconnaissance implicite de l'existence ou de la non-existence d'une telle règle* (75). On constate donc que, dans le silence du texte de l'A.M.I., il n'est pas certain que les mesures prises dans le cadre d'unions économiques auraient été exemptées du champ de la clause N.P.F. La pratique des A.P.I. conclus par les États membres de la C.E.E., qui prévoient toujours expressément cette exemption, ne va d'ailleurs pas dans ce sens.

(71) Projet d'A.M.I., précité, p. 14.

(72) Projet d'A.M.I., précité, Annexe 1, *Contributions spécifiques des Pays*, Clause pour les organisations économiques régionales, p. 126 ; VADCAR, C., *loc. cit.*, p. 20.

(73) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 101.

(74) *Annuaire de la C.D.I.*, 1978, vol. II, 2e partie, p. 16, §§ 56 et s.

(75) *Ibidem*, § 58.

b) *Conséquences de la clause N.P.F. pour le droit d'auteur*

Lors des négociations de l'A.M.I., diverses sociétés d'auteurs et de producteurs ont redouté que le régime N.P.F. établi par l'Accord ne permette à un investisseur d'un pays extérieur à la C.E.E. d'invoquer à son profit le bénéfice de l'ensemble des instruments internationaux concernant la propriété intellectuelle conclus par les États de la C.E.E., et en particulier celui des directives européennes relatives au droit d'auteur harmonisant les législations nationales à un haut niveau de protection, et ce sans aucune condition de réciprocité (76). Il se pose donc la question de savoir si un investisseur peut, en se fondant sur la clause N.P.F. d'un A.P.I., revendiquer la protection prévue par un traité relatif au droit d'auteur ou aux droits voisins conclu par l'État d'accueil mais auquel l'État dont il est ressortissant n'est pas partie. Si cette problématique peut apparaître quelque peu théorique en ce qui concerne le bénéfice de la Convention de Berne et des Accords A.D.P.I.C. (77), qui ont aujourd'hui une portée quasi universelle (78), elle se pose de manière plus effective s'agissant par exemple de l'application des directives européennes relatives au droit d'auteur, de la Convention de Rome de 1961 ou des traités de l'O.M.P.I. de décembre 1996, en cours de ratification (79).

La réponse à cette question nécessite de s'interroger sur l'étendue des droits qui découlent de la mise en œuvre d'une clause de la nation la plus favorisée. Une clause N.P.F. figurant dans un accord sur les investissements permet-elle à un investisseur de revendiquer le traitement prévu par un traité sur le droit d'auteur ? Il convient à cet égard de se référer au projet d'articles de la Commission du droit international sur la clause N.P.F., qui codifie les principes régissant ce type de clause. L'article 10 du projet établit les conditions sous lesquelles le bénéficiaire d'une clause N.P.F. acquiert le droit au traitement conféré par l'État concédant de la clause aux ressortissants d'un État tiers (80).

Le § 1er de l'article 10 énonce tout d'abord une condition concernant la portée de la clause N.P.F. quant à sa matière :

> *En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que si l'État concédant*

(76) S.A.C.D. (France), « L'A.M.I., c'est l'ennemi de la création en Europe, *loc. cit.* ; Organisation Centrale de l'Industrie Cinématographique (R.F.A.), Lettre au Ministre Fédéral de l'Economie du 18 décembre 1997, publiée *in Mobilisation des auteurs contre l'A.M.I., op. cit.* ; Fédération Européenne des Réalisateurs de l'Audiovisuel, « Conséquences de l'A.M.I. sur les fonds de soutien de l'audiovisuel et sur le droit d'auteur continental », *loc. cit.*

(77) Ainsi, en ce qui concerne les États liés par un A.P.I. avec la Belgique, seul le Vietnam (A.P.I. non encore entré en vigueur) n'est partie ni à la Convention de Berne, ni à l'Accord A.D.P.I.C.

(78) Ces deux conventions liaient au 1er janvier 1999 chacune 133 états.

(79) Le traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur a, au 1er janvier 1999, été signé par 51 états et ratifié par 4 d'entre eux.

(80) *Annuaire de la C.D.I.*, 1978, vol. II, 2e partie, pp. 31 et s.

confère à un État tiers un traitement qui ressortit à la matière objet *de la clause* (nous soulignons).

Cette règle, qui reprend le principe coutumier *ejusdem generis*, signifie, selon la C.D.I., *qu'une clause conférant les droits de la nation la plus favorisée pour certaines matières ou certaines catégories de matières ne peut s'étendre qu'aux droits conférés dans d'autres traités (ou actes unilatéraux) en ce qui concerne les mêmes matières ou les mêmes catégories de matières* (81). Une clause N.P.F. ne peut donc jouer que s'il y a identité entre son objet et l'objet du traitement accordé au tiers (82).

L'article 10 du projet de la C.D.I. ajoute en son § 2 une seconde condition, visant la portée de la clause N.P.F. quant aux personnes et aux choses :

2. L'État bénéficiaire n'acquiert de droits découlant du paragraphe 1 en ce qui concerne des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui que si ces personnes ou ces choses

a) *appartiennent à* la même catégorie de personnes ou de choses *que celles se trouvant dans un rapport déterminé avec un État tiers qui bénéficient du traitement qui leur est conféré par l'État concédant et*

b) *se trouvent avec l'État bénéficiaire dans le même rapport que celui dans lequel les personnes et les choses visées à l'alinéa a) se trouvent avec cet État tiers* (nous soulignons).

La C.D.I. a précisé le sens de cette condition de la manière suivante : *L'État bénéficiaire ne peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée que pour la catégorie précise de personnes ou de choses (commerçants, personnes voyageant pour des raisons afférentes au commerce, personnes détenues, sociétés commerciales, navires, navires en détresse ou naufragés, produits, biens, textiles, blé, sucre, etc.) qui bénéficie ou peut bénéficier d'un certain traitement, de certains avantages, en vertu du droit acquis par un État tiers* (83).

Pour qu'un investisseur puisse revendiquer, en vertu de la clause N.P.F. d'un A.P.I., les droits conférés en matière de droit d'auteur par une Convention conclue avec un État tiers, il faudrait donc que l'on puisse considérer que les droits établis par le traité sur les investissements et la Convention sur la propriété intellectuelle portent sur la même « matière objet » et visent les mêmes catégories de personnes et de choses.

Dans les A.P.I., les clauses N.P.F. ont généralement pour matière objet *le traitement et la protection des investissements* et désignent comme bénéficiaires, quant aux choses, *les investissements*, et quant aux personnes, *les*

(81) *Ibidem*, p. 34. Cette règle est consacrée de manière constante par la jurisprudence internationale et interne. Voir à cet égard les affaires citées par la C.D.I., pp. 31-35.

(82) SAUVIGNON, E., *La clause de la nation la plus favorisée*, Presse Universitaire de Grenoble, 1972, p. 83.

(83) *Annuaire de la C.D.I.*, 1978, vol. II, 2e partie, p. 35.

investisseurs (84). Le projet d'A.M.I. précisait que le traitement visé par le régime N.P.F. concernait *l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation d'investissements* (85).

Les droits conférés par les conventions ou les directives sur le droit d'auteur portent sur *la protection des œuvres littéraires et artistiques*, dont les bénéficiaires sont, quant aux choses, les *œuvres*, c. à d. les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, et quant aux personnes, les *auteurs* (86). La raison d'être fondamentale du droit d'auteur consiste à créer un environnement juridique propice au développement de la création (87), et non à protéger un investissement, même si cette dernière dimension peut se trouver également présente dans certains textes récents, en particulier certaines directives européennes (88). Comme l'énonce H. Cohen Jehoram,

> *Copyright's purpose is not to protect investors, but authors. It's subject matter not any product in need of legal protection but only works of personnal expression* (89).

Le droit d'auteur protège en effet toute création originale, que cette création ait nécessité ou non des investissements pour sa réalisation.

Nous pouvons dès lors conclure au vu de ces éléments que les catégories juridiques que constituent les « œuvres » et les « auteurs » sont certainement distinctes de celles que sont les « investissements » et les « investisseurs », même si ces catégories peuvent, le cas échéant, se superposer.

(84) C'est ce qui ressort par exemple du libellé de la clause N.P.F. prévue par l'article 3 de l'Accord du 4 novembre 1991 entre l'U.E.B.L. et la République orientale de l'Uruguay concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements :

1. Tous les investissements, *existants et futurs, effectués par* des investisseurs *de l'une des Parties contractantes, jouissent, sur le territoire de l'autre Partie contractante, d'un traitement juste et équitable.*

2. Sous réserve des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public, ces investissements *jouissent d'une sécurité et d'une protection constantes, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, de quelque manière que ce soit, leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance ou leur liquidation.*

3. Le traitement et la protection définis aux paragraphes 1 et 2 sont au moins égaux à ceux dont jouissent les investisseurs *d'un État tiers et ne sont, en aucun cas, moins favorables que ceux reconnus par le droit international* (nous soulignons).

(85) Projet d'A.M.I., précité, p. 14.

(86) Voir not. la Convention d'Union de Berne, préambule, articles 1 et 2. Les accords A.D.P.I.C. précisent qu'il porte sur les aspects des droits de propriété intellectuelle *qui touchent au commerce.*

(87) STEWART, S.M., *International copyright and neighbouring rights*, 2nd ed., Butterworths, 1989, p. 3. Voir également le préambule du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996.

(88) On pense ici aux directives relatives à la protection des logiciels et à la protection des bases de données. Voir VIVANT, M., « Entre droit d'auteur et Copyright. L'Europe au carrefour des logiques », *Cah. Prop. Int.*, 1997, vol. 10, pp. 41 et s.

(89) COHEN JEROHAM, H., « Hybrids on the borderline between copyright and industrial property law », *R.I.D.A.*, vol. 153, 1992, p. 139.

Force est donc de constater que A.P.I. et Conventions sur le droit d'auteur portent sur des matières objet distinctes et visent des catégories juridiques de biens et de personnes différentes (90). Cette conclusion n'est pas démentie par le fait que les A.P.I. mentionnent les droits d'auteur dans leur définition de l'investissement. En effet, cette mention ne fait qu'indiquer que les droits d'auteur, au même titre par exemple que les biens meubles ou immeubles, les créances ou les hypothèques, peuvent devenir un investissement s'ils répondent aux caractéristiques générales propres à cette notion. En aucun cas, les A.P.I. n'appréhendent les droits d'auteur *en tant que tels.*

Il est par conséquent exclu qu'une clause N.P.F. figurant dans un A.P.I. puisse attirer des droits conférés dans un instrument relatif à la protection du droit d'auteur (91). Ainsi, la Direction du droit international public du Département fédéral suisse des affaires étrangères, saisi de la question de savoir si les États liés envers la Suisse par une convention de protection des investissements renfermant une clause de la nation la plus favorisée pouvaient invoquer cette clause dans le cadre des conventions bilatérales et multilatérales en matière de propriété intellectuelle et industrielle auxquelles la Suisse est partie (Convention de Berne, Convention universelle de Genève sur le droit d'auteur, Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle), a répondu par la négative, en relevant les différences essentielles distinguant les Conventions sur la propriété intellectuelle et les A.P.I. :

> *Une (...) différence importante se rapporte à la mise en œuvre de la protection, qui est assurée au moyen d'une réglementation conventionnelle complète et relativement détaillée faisant fonction de loi uniforme. On ne trouve rien de semblable dans l'A.P.I. La différence la plus fondamentale, cependant, est celle qui touche à la diversité des objets qu'il s'agit de protéger. Les droits de propriété intellectuelle et industrielle protégés par les trois conventions ne constituent pas des investissements au sens de l'A.P.I. puisque le caractère international de ces droits est intégré à ceux-ci et non dérivé d'un acte de volonté. Les conventions en question n'ont donc nullement été conclues dans le but de transplanter à l'étranger la propriété intellectuelle et industrielle, mais dans celui de protéger des droits qui se répandent à l'étranger sans rencontrer d'obstacle ; les A.P.I. en revanche, visent à créer un cadre juridique qui favorise les actes de volonté accomplis en vue de procéder à des investissements. Cette constatation n'est nullement en contradiction avec le fait que l'énumération des investissements contenus à l'article 8 de l'A.P.I. mentionne la propriété intellectuelle et industrielle, car cette propriété devient un investissement dans le sens de l'A.P.I. dès le moment ou elle est cédée contractuel-*

(90) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 99.

(91) À cet égard, il est éclairant de comparer la rédaction des clauses N.P.F. figurant dans les A.P.I. avec celle de la clause figurant à l'article 4 de l'Accord A.D.P.I.C. :

En ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle *tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortisants de tout autre pays seront, immédiatement et sans conditions, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres* (nous soulignons).

Dans ce cas, la matière objet de la clause est clairement définie comme visant la protection de la propriété intellectuelle.

lement, par un acte de volonté à des ressortissants de l'autre partie contractante ou à des établissements suisses sur le territoire de celles-ci (92).

Et le Département fédéral suisse de conclure :

En résumé on pourra ainsi conclure que la « matière » de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans l'A.P.I. ne s'étend pas aux droits résultant des conventions bilatérales et multilatérales dans le domaine de la propriété intellectuelle et industrielle. Il s'ensuit que les États qui ont conclu un A.P.I. avec la Suisse ne sauraient se prévaloir de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans l'accord pour revendiquer un traitement qui serait conforme aux traités bilatéraux et multilatéraux mentionnés (93).

Cette solution a été approuvée par la doctrine, qui l'a jugée conforme à la règle *ejusdem generis* telle que reconnue par l'article 10 du projet d'articles de la C.D.I. sur la clause N.P.F. (94).

Un même raisonnement nous paraît pouvoir être tenu, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne les Conventions relatives aux droits voisins, qui concernent la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (Convention de Rome de 1961, Accords A.D.P.I.C. de 1994, Traité de l'O.M.P.I. de 1996 sur les interprétations et les exécutions de phonogrammes). Même si la notion de droits voisins reste floue et controversée, on peut dire que ces droits portent sur la protection de prestations liées à la création intellectuelle, quelle soit originale ou non (interprétation, première fixation de sons, diffusion de sons et/ou d'images) (95). Bien que certains droits voisins peuvent contribuer à la protection d'un investissement, en particulier le droit des producteurs de phonogrammes, ce sont les prestations d'une certaine nature qui font l'objet de la protection, et non l'investissement en tant que tel, comme c'est le cas dans les A.P.I. Les droits voisins visent essentiellement à prémunir certaines catégories de personnes — les interprètes, les producteurs de phonogrammes, les organismes de diffusion — contre le piratage de leurs prestations. Cet objectif est totalement étranger à la protection des investissements telle qu'elle est prévue par les A.P.I. De ces différences de nature et d'objet entre les droits voisins et la protection des investissements, nous pouvons conclure que les droits voisins n'entrent pas dans la matière objet des A.P.I., et que, partant, les clauses N.P.F. y figurant ne s'y étendent pas.

Il pourrait en être autrement du droit *sui generis* portant sur les bases de données, prévu par la directive européenne du 11 mars 1996 concernant

(92) Mémoire de la Direction du droit international public du Département politique fédéral suisse, du 18 mai 1979, *in* CAFLISCH, L., « Pratique Suisse 1979 », *A.S.D.I.*, 1980, p. 181.

(93) *Ibidem*, p. 182.

(94) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 99.

(95) DOUTRELEPONT, C., « La notion de droit voisin. Analyse de droit comparé », *Les journées du droit d'auteur*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 39 ; COLOMBET, C., *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, Paris, Litec, 1990, p. 111 ; DESJEUX, X., *La Convention de Rome (10-26 octobre 1961)*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 72 ; BRISON, F., « Le chapitre II de la loi sur le droit d'auteur : des droits voisins », *R.D.C.B.*, 1996, p. 7.

la protection juridique des bases de données (96). En effet, ce droit a pour objet *d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu de la base de données* (97) et est conféré au fabricant de la base de données, entendu comme la personne physique ou morale *qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer les investissements* (98). Le droit *sui generis* sur les bases de données se conçoit ainsi comme un droit conféré à l'investisseur et portant sur la protection de l'investissement en tant que tel, ce qui se traduit par l'exigence de l'existence d'un *investissement substantiel* comme critère d'éligibilité à la protection (99). Comme tel, il nous semble correspondre à la matière objet des A.P.I. et entrer dès lors dans le champ de la clause N.P.F. que ces accords comprennent.

On observe donc que l'application des conditions relatives à la mise en œuvre des clauses N.P.F. aboutit à exclure la protection du droit d'auteur et des droits voisins des traitements dont peuvent se prévaloir les investisseurs en vertu d'un accord de protection d'un investissement. Les appréhensions nourries à ce sujet lors de la négociation de l'A.M.I. s'avèrent finalement non fondées : la présence d'une clause N.P.F. dans un A.P.I. reste sans effet dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle, à l'exception selon nous du droit *sui generis* prévu par la directive sur la protection juridique des bases de données.

Nous pouvons ainsi conclure de manière générale que l'adoption d'un A.P.I. ne porte pas atteinte aux conventions sur la propriété intellectuelle préexistantes, que ce soit en application des règles relatives aux conflits entre traités successifs ou en vertu d'une clause N.P.F., l'unique exception étant le droit *sui generis* sur les bases de données. Sur ce point, les appréhensions formulées à l'occasion des discussions sur l'A.M.I. ne sont dès lors pas vérifiées. Il reste à examiner si l'adoption d'un A.P.I. peut avoir des conséquences sur les législations nationales en matière de droit d'auteur.

B. — Les rapports entre les Accords de protection des investissements et les législations nationales relatives au droit d'auteur

La question du rapport entre les A.P.I. et les législations relatives au droit d'auteur et aux droits voisins doit s'appréhender sous deux aspects

(96) *J.O.C.E.*, L 77/20, 27 mars 1996.
(97) Considérant 40 de la directive.
(98) Considérant 41 de la directive.
(99) L'article 7 de la directive (objet de la protection) dispose à cet égard :
Les États membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif (nous soulignons).

distincts. D'une part, en relation avec la présence d'une clause de traitement national dans certains A.P.I. (1) : cette clause opère-t-elle une extension de l'application des législations nationales relatives au droit d'auteur aux investisseurs étrangers ? D'autre part, en examinant la question de savoir si certains principes édictés par un A.P.I. pourraient s'opposer à certaines dispositions établies par les législations relatives au droit d'auteur (2).

1. — *L'étendue des droits conférés par la clause de traitement national dans les cadre des Accords de protection des investissements*

La plupart des A.P.I. prévoient, conjointement au régime N.P.F., une clause de traitement national (100). On peut citer, parmi d'autres, l'A.P.I. entre la Belgique et l'Indonésie (101) qui énonce en son article 2 :

> *Les investissements des ressortissants ou des personnes morales de chacune des Parties Contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante, se verront accorder par cette autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde sur son territoire pour tout investissement semblable, à ses propres ressortissants et personnes morales ou aux ressortissants et personnes morales d'un État tiers (...).*

De la même manière, l'A.M.I. disposait en son article III (Traitement des investisseurs et des investissements) que

> *1. Chaque partie contractante accorde aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation d'investissements.*

La clause de traitement national répond au même régime que la clause N.P.F. : le bénéficiaire du traitement national ne peut revendiquer en vertu de celui-ci que les droits accordés aux nationaux qui entrent dans la matière objet définie par la clause (102). On se rappellera à cet égard de l'interprétation qui est faite de la clause de traitement national prévue par la Convention de Berne : ce traitement ne porte que sur la matière couverte par la Convention, à savoir les droits accordés aux auteurs, ce qui exclut

(100) DOLZER, R. and STEVENS, M., *op. cit.*, pp. 63-65 ; LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, pp. 95-98 ; SACERDOTI, G., *op. cit.*, pp. 348-349.

(101) Convention du 15 janvier 1970 entre la Belgique et l'Indonésie relative à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, *M.B.*, 31 août 1972. Voir également le modèle français d'A.P.I. (1998), art. 4 ; A.P.I. du 16 décembre 1997 entre les Pays-Bas et le Mexique, art. 3 ; A.P.I. entre l'U.E.B.L. et le Chili, art. 3, précité.

(102) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 96.

par exemple du traitement national toutes les règles relatives à l'exploitation de ces droits, notamment par contrat (103).

En ce qui concerne les A.P.I., la clause de traitement national ne s'étendra ainsi qu'aux droits accordés aux investisseurs relatifs au traitement et à la protection de leurs investissements. Comme nous l'avons indiqué plus haut à propos des clauses N.P.F., les droits d'auteur et les droits voisins n'entrent pas dans cette catégorie de droits, ce qui implique qu'ils ne sont pas concernés par les clauses de traitement national prévues par les A.P.I. Un investisseur ne pourrait dès lors, en se fondant sur un A.P.I. qui stipulerait un régime de traitement national, prétendre à bénéficier des avantages réservés aux nationaux de l'État d'accueil concernant la protection du droit d'auteur, tels qu'une durée des droits plus longue, la rémunération pour copie privée,... Partant, il n'est pas à craindre que la clause de traitement national d'un A.P.I. n'aboutisse à étendre les clauses de traitement national stipulées dans les Conventions concernant la propriété intellectuelle (104), qui contiennent certaines limitations, puisque ces clauses ne portent pas sur le même objet.

2. — *La remise en cause des législations nationales relatives au droit d'auteur par les principes édictés dans les accords de protection des investissements*

Lors des discussions relatives à l'A.M.I., certaines délégations des États membres (105) et associations d'auteurs et de producteurs (106) ont nourri l'inquiétude que certains principes édictés dans le projet d'Accord aient pour effet de remettre en cause certains mécanismes traditionnels du droit d'auteur, figurant dans la plupart des législation des États membres. Il a été redouté en particulier que les dispositions édictées par l'Accord relatives au traitement juste et équitable, à la pleine et entière protection des investissements, à l'expropriation, aux obligations de résultats ne portent atteinte à des règles nationales en matière de propriété littéraire et artistique tels que le droit moral de l'auteur, le régime des exceptions aux droits ou le système de gestion collective des droits, qui pourraient apparaître de manière générale comme des entraves aux activités des investisseurs. Examinons successivement chacun de ces cas :

(103) KEREVER, A., « La règle du traitement national ou le principe d'assimilation », *R.I.D.A.*, 1993, pp. 89 et s.

(104) Voir le Projet d'A.M.I., précité, p. 53.

(105) Voir le Projet d'A.M.I., précité, pp. 52-55.

(106) Fédération Européenne des Réalisateurs de l'Audiovisuel, « L'impact de l'A.M.I. sur la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins », *in Mobilisation des auteurs contre l'A.M.I., op. cit.* ; SACD, *loc. cit.* ; DESPRINGRE, C. et HAVELANGE, F., « À quoi joue l'A.M.I. ? », *Répertoires*, 1998, p. 4, *in Mobilisation des auteurs, op. cit.*

— *Le droit moral de l'auteur :*

Nombre de législations nationales octroient à l'auteur d'une œuvre un droit moral qui lui permet d'assurer le respect de sa personnalité et de sauvegarder l'intégrité de son œuvre (107). Ce droit moral autorise ainsi l'auteur à s'opposer à toute exploitation de son œuvre qui aurait pour effet de déformer ou mutiler cette œuvre ou porter atteinte à sa réputation (art. 6*bis* de la Convention de Berne). On sait que les États-Unis ne reconnaissent pas pleinement le droit moral (108) : dès lors un investisseur américain pourrait-il remettre en cause, sur le territoire de l'État d'accueil, le droit moral qui lui serait opposé par l'auteur de l'œuvre qu'il se charge d'exploiter, en estimant que ce droit serait une entrave à la jouissance de son investissement, prohibée par un A.P.I. (109) ?

Comme nous l'avons vu, les A.P.I. prévoient toujours que l'État d'accueil de l'investissement doit accorder à celui-ci *un traitement loyal et équitable* et *une protection et une sécurité complètes et constantes,* qui ne doivent pas être *moins favorables que le traitement exigé par le droit international* (110). Les principes de traitement et de protection exigent uniquement que l'investisseur puisse développer ses activités sans faire l'objet de mesures déraisonnables ou discriminatoires de la part de l'État d'accueil, ce qui sera examiné au cas par cas (111). Ceci est d'ailleurs indiqué expressément par certains A.P.I., notamment par le projet d'A.M.I. (112). En particulier, l'obligation de protection renvoie essentiellement à l'obligation générale de diligence due concernant la protection des personnes et intérêts étrangers (113).

On aperçoit mal comment sur base de ces principes un investisseur pourrait contester la législation de l'État d'accueil qui prévoirait un droit moral au profit de l'auteur. L'obligation de traitement et de protection ne signifie nullement que l'investisseur n'aura à subir aucune entrave d'aucune sorte.

(107) Voir DOUTRELEPONT, C., *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1997.

(108) Voir DIETZ, A., « Les États Unis et le droit moral : idiosyncrasie ou rapprochement ? », *R.I.D.A.*, vol. 142, 1989, pp. 223 et s.

(109) En ce sens, RALITE, J., *loc. cit.*, p. 5 ; Fédération Européenne des Réalisateurs de l'Audiovisuel, « L'impact de l'A.M.I. sur la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins », *in Mobilisation des auteurs contre l'A.M.I., op. cit.* ; SACD, *loc. cit.* ; DESPRINGRE, C. et HAVELANGE, F., « À quoi joue l'A.M.I. ? », *loc. cit.*, p. 4.

(110) Projet d'A.M.I., Art. IV.1.1, précité, pp. 61. Pour d'autres exemples, voir également le modèle français d'A.P.I. (1998), art. 3 et 5 ; l'A.P.I. du 4 juin 1984 entre l'U.E.B.L. et la Chine, art. 3, *M.B.*, 16 septembre 1986.

(111) SACERDOTI, G., *op. cit.*, p. 346 ; LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 95.

(112) Art. IV.1.2 : *Une Partie contractante n'entrave pas, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliènation d'investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d'une autre Partie contractante* (Projet cité, p. 61).

(113) SACERDOTI, G., *op. cit.*, p. 347 ; Affaire *AMT c. Zaïre*, sentence CIRDI du 21 février 1997, *ILM*, 1997, p. 1549, § 6.06.

C'est ainsi que la Cour Internationale de Justice a jugé dans l'affaire *Elettronica Sicula* que

> *La référence faite à l'article V (du Traité entre l'Italie et les États-Unis) à la « constante protection et sécurité » ne peut être interprétée comme l'octroi d'une garantie qu'en aucun cas la propriété ne sera occupée ou perturbée* (114).

Seules les entraves découlant de mesures déraisonnables ou discriminatoires de la part de l'État d'accueil sont prohibées. S'agissant du droit moral, il s'agirait de l'exercice d'un droit par une *personne privée*. Il est vrai que ce droit est établi par la législation de l'État d'accueil. Mais il serait difficile de prétendre que l'attribution d'un droit moral aux auteurs est *déraisonnable*, puisque ce droit est reconnu par une Convention internationale ratifiée par quelque 133 États.

Par conséquent, on ne saurait considérer que les A.P.I. puissent menacer une législation prévoyant l'attribution de droits moraux aux auteurs.

— *Le régime des exceptions aux droits de l'auteur*

Nous avons déjà eu l'occasion d'aborder cette question plus haut dans le cadre des problèmes de conflits entre traités. Le régime général des exceptions au droit d'auteur est établi par la Convention de Berne, les Accords A.D.P.I.C. et le Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur. Toutefois, dans les limites de ce régime, les États ont une certaine latitude quant aux exceptions aux droits d'auteur qu'ils entendent consacrer dans leur législation nationale (115). Ces exceptions visent à permettre certaines utilisations des œuvres sans l'autorisation préalable de l'auteur.

Il se pose la question de savoir si certaines exceptions aux droits de l'auteur prévues par ces législations nationales, en dépouillant l'auteur de certaines de ses prérogatives sur son œuvre, pourraient être assimilées à une mesure ayant un effet équivalent à une expropriation (expropriation *de facto*), qui n'est autorisée par les A.P.I. que moyennant une indemnité adéquate (116).

Pour être en présence d'une expropriation *de facto* au sens des A.P.I., il faut que la mesure incriminée produisent à l'égard de l'investisseur des effets équivalents à ceux d'une expropriation formelle (117). Il est donc exigé que la mesure concernée produisent une interférence dans la jouis-

(114) C.I.J. (Chambre), Affaire de l'*Elettronica Sicula* (États-Unis/Italie), arrêt du 20 juillet 1989, *Rec. 1989*, § 108.

(115) En ce qui concerne la Belgique, les exceptions aux droits sont établies aux articles 21 à 23 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

(116) Projet d'A.M.I, Commentaire, octobre 1997, DAFFE/MAI(97)1/REV2, p. 124 ; Contribution du Canada, « Commentaires sur la propriété intellectuelle dans l'A.M.I. », 31 janvier 1997, DAFFE/MAI/DG3/RD(97)4, p. 3 ; Note by the Finnish delegation, « Application of the MAI to « the investment aspect » of IPRS », 22 décembre 1997, DAFFE/MAI/IP/RD(97)12, p. 2 ; Contribution de la France, « La propriété intellectuelle et l'A.M.I. », 12 novembre 1997, précité.

(117) LAVIEC, J.-P., *op. cit.*, p. 166 ; SACERDOTI, G., *op. cit.*, pp. 382-386.

sance de l'investissement d'une ampleur telle qu'il faille en conclure que l'investisseur a été privé *de facto* de la propriété de son investissement (118).

En l'occurrence, on ne pourrait admettre qu'une exception aux droits d'auteur est constitutive d'une expropriation *de facto* que si cette exception était tellement large qu'elle aurait pour effet de priver de fait l'auteur d'une œuvre de toute possibilité d'exploiter celle-ci. Les limites que fixent ainsi à l'établissement d'exceptions aux droits d'auteur le régime de l'expropriation établi par les A.P.I. apparaissent en réalité en-deça des conditions édictées par la Convention de Berne, les Accords A.D.P.I.C., ou le Traité de l'O.M.P.I. qui restreignent la possibilité pour les États de prévoir des limitations aux droits exclusifs de l'auteur *à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit* (119). Dans cette mesure, on ne peut concevoir qu'une exception aux droits d'auteur puisse satisfaire aux conditions posées par la Convention de Berne, les Accords A.D.P.I.C. ou le Traité de l'O.M.P.I., tout en constituant une expropriation indirecte au regard d'un A.P.I.

On ne voit dès lors pas en quoi les principes relatifs à l'expropriation prévu par les A.P.I., tels que ceux qui étaient établis par l'A.M.I., pourraient bouleverser le régime d'exceptions aux droits d'auteur instauré par les législations nationales, qui doit en toute hypothèse se conformer aux prescrits de la Convention de Berne, des Accords A.D.P.I.C. ou du Traité O.M.P.I.

— *La gestion collective des droits d'auteur :*

Les société de gestion de droits d'auteur ont pour fonction de contrôler l'exploitation des œuvres, de négocier avec les usagers éventuels des licences d'utilisation contre rémunération, de percevoir les droits et de les répartir entre les ayants-droit (120). Avec les progrès techniques, tels que la reprographie, la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, la retransmission par satellite ou par câble, il est devenu de plus en plus difficile d'exercer individuellement les droits d'auteur et les droits voisins. C'est ainsi que la nécessité de gérer collectivement ces droits, au sein de sociétés

(118) Tribunal des différends irano-américians, Affaire *Harza Engineering Company v. Iran, Iran-US C.T.R.*, vol. 1, 1982, p. 498 ; Affaire *Otis Elevator Company v. Iran, Iran-US C.T.R.*, vol. 14, 1987, p. 283 ; PELOONPÄÄ, M., and FITZMAURICE, M., « Taking of property in the practice of the Iran-United States Claims Tribunal », *N.Y.B.I.L.*, 1988, p. 85 ; DOLZER, R., « Indirect expropriation of alien property », *F.I.L.J.*, 1986, pp. 41 et s.

(119) Convention de Berne, art. 9 § 2 ; Accords A.D.P.I.C., art. 13 ; Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996, art. 10.

(120) KARNELL, G., « Individual rights in wholesale trading ? A sweeping view of collective copyright administration : facts, needs and prospects, in particular regarding western european countries », *R.I.D.A.*, 1993, vol. 153, pp. 15-17.

de perception, est apparue (121). La gestion collective a d'ailleurs été rendue obligatoire pour certains modes d'exploitation (par ex., la radiodiffusion par câble et par satellite). Dans certains pays, les sociétés de gestion disposent d'un monopole de droit ou de fait.

Les Accords de protection des investissements sont-ils de nature à remettre en cause la gestion collective des droits d'auteur ? Certaines sociétés d'auteur l'ont craint, en estimant que les principes édictés par l'A.M.I. en matière d'obligations de résultat, de traitement des investissements et d'expropriation pourraient porter atteinte à la gestion collective telle que pratiquée en Europe (122).

En ce qui concerne les obligations de résultats, le projet d'A.M.I. prévoyait qu'une partie contractante ne pouvait imposer un quelconque engagement concernant l'établissement, la jouissance, la gestion, l'exploitation, l'utilisation d'un investissement (123). Au dernier état des négociations, la portée exacte de cette disposition restait très floue, notamment quant à son application aux lois à portée générale (124). Quoi qu'il en soit, il ne nous paraît pas que l'obligation de recourir à la gestion collective obligatoire pour certains modes d'exploitation puisse être considéré comme *un engagement concernant la gestion d'un investissement.* En effet, cette obligation découle d'une loi générale qui ne s'applique pas en tant que telle aux investisseurs, mais aux auteurs. Or, comme on l'a vu, tout auteur n'est pas nécessairement un investisseur aux yeux de l'A.M.I. Dès lors, on ne pourrait conclure que la gestion collective, lorsqu'elle est obligatoire, constitue un engagement imposé à un investisseur à raison de son investissement. En cela, la gestion collective obligatoire des droits d'auteur se distingue clairement des pratiques essentiellement visées par l'interdiction des obligations de résultats, telles que l'exigence d'un certain volume d'exportation, le transfert de technologie, l'obligation de desservir certaines régions déterminées, le recrutement d'un niveau donné de nationaux (125)...

D'autre part, comme nous l'avons vu, l'obligation de traitement juste et équitable n'empêche l'État d'accueil de prendre des mesures à l'égard de l'investissement que si celles-ci peuvent être jugées déraisonnables. L'obligation de recourir dans certains cas à la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins se justifie par le fait que pour certains modes d'exploitation comme la transmission par câble ou satellite, il serait en pratique impossible pour les usagers d'obtenir l'autorisation individuelle de chaque

(121) KARNELL, G., *loc. cit.*, pp. 3-5.

(122) Fédération Européenne des Réalisateurs de l'Audiovisuel, « L'impact de l'A.M.I. sur la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins », *loc. cit.* ; RALITE, J., *loc. cit.*, p. 5 ; SACD, « L'A.M.I. c'est l'ennemi de la création en Europe », *loc. cit.*

(123) Projet d'A.M.I., précité, Art. III, Obligations de résultats, pp. 20 et s. ; PICCIOTTO, S., *loc. cit.*, p. 751.

(124) Voir la note 16, Projet d'A.M.I., p. 20.

(125) Projet d'A.M.I., précité, pp. 21-23.

titulaire de droits et pour les auteurs de connaître l'ensemble des utilisations dont font l'objet leurs œuvres. On voit ainsi qu'une telle obligation peut difficilement être qualifiée de déraisonnable et vise à faciliter l'exploitation efficace des droits d'auteur.

Enfin, il nous semble que les règles relatives à l'expropriation *de facto* ne trouveront pas à s'appliquer à l'hypothèse de la gestion collective obligatoire. En effet, la gestion collective n'affecte que les modalités d'exercice des droits d'auteur et ne portent pas atteinte à la substance même des droits (126). Partant, elle ne saurait être assimilée à une mesure ayant un effet équivalent à une expropriation.

À travers les trois cas que nous venons d'étudier, le droit moral, le régime des exceptions et la gestion collective, il est permis de dégager des principes généraux concernant les rapports entre les législations nationales et les accords de protection des investissements.

À cet égard, il convient de repartir de la définition des investissements donnée par les A.P.I. Si ces accords font figurer au rang des éléments entrant dans le champ de la notion d'investissement *les droits d'auteur*, c'est en faisant utilisation du pluriel. Il ne s'agit donc pas d'un renvoi abstrait à la matière du droit d'auteur, mais d'une référence à des droits dont est effectivement titulaire un investisseur. L'existence de droits d'auteur dans le chef d'un investisseur apparaît par conséquent comme un préalable au déclenchement de l'application d'un A.P.I. Au regard de quelles règles ces droits d'auteur seront-ils attribués ? Pas au regard de l'A.P.I., puisque celui-ci n'est pas encore applicable et qu'en outre il ne contient aucune disposition spécifique permettant de résoudre une telle question. Ces droits ne peuvent donc être conférés qu'en application des règles pertinentes existant dans l'État d'accueil, c.-à-d. la législation relative au droit d'auteur et les Conventions internationales applicables. La mention des *droits d'auteur* dans les A.P.I. ne peut ainsi qu'opérer un renvoi aux législations et aux Conventions relatives au droit d'auteur, y compris toutes les modalités dont ces droits peuvent y être assortis (limitations, exceptions, licences légales, gestion collective...). En ce qui concerne l'étendue des droits d'auteur qui constituent l'assiette de son investissement, l'investisseur ne pourra dès lors revendiquer plus de droits que ne lui attribuent les règles pertinentes de l'État d'accueil de l'investissement. Ce que l'A.P.I. lui permettra, c'est simplement de se prémunir contre certaines atteintes qui pourraient affecter cet investissement. Mais ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels, comme nous l'avons vu, qu'une loi relative aux droits d'auteur pourraient contrevenir aux principes établis par un A.P.I., parce qu'elle porterait atteinte de manière déraisonnable aux droits d'auteur dont un investisseur serait titulaire ou aurait un effet similaire à une expropria-

(126) KARNELL, G., *loc. cit.*, p. 23.

tion de ces droits. On peut ainsi conclure que la liberté de l'État d'accueil de légiférer en matière de droit d'auteur demeurera en principe totalement préservée. Cette conclusion rejoint celle formulée par G. Sacerdoti en ce qui concerne les rapports entretenus entre les législations nationales et les A.P.I. :

> *This construction of the relationship between domestic law and Bilateral Investment Treaties indicate that the freedom of the host State to enact or change its laws and regulations in the furtherance of general or specific policies (e.g. in respect of the environment, labour and consumer protection, technological research, industrial development) is basically unaffected by BITs* (127).

Conclusions

Au terme de notre étude, nous aboutissons à un constat plutôt rassurant : il apparaît finalement que les accords de protection des investissements ne sont pas de nature à porter atteinte à l'intégrité des principes du droit d'auteur, que ceux-ci soient établis par les Conventions internationales relatives à la propriété intellectuelle ou par les législations nationales. Si sur ce point les interventions des sociétés d'auteurs faites à l'occasion des négociations de l'A.M.I. peuvent, à l'analyse, paraître exagérément alarmistes, il leur revient d'avoir attiré l'attention sur la nécessité de s'interroger sur les implications de cet Accord sur la propriété intellectuelle, implications sur lesquelles les délégations au sein de l'O.C.D.E. n'avaient pas, loin s'en faut, fait toute la clarté. Selon nous, l'inclusion des droits de propriété intellectuelle dans les A.P.I. n'est pas critiquable en soi, cette inclusion ne faisant que rendre compte de ce que les droits d'auteur peuvent *également* constituer des investissements.

Ce constat optimiste ne doit pas cependant éluder un autre débat, relatif à la nature véritable du droit d'auteur. Les A.P.I. sont le signe de la prise en considération croissante des droits d'auteur sous leur angle essentiellement économique. Toutefois, il n'y a pas qu'au sein de l'O.C.D.E. que cette évolution se marque. L'utilisation des droits d'auteur comme instrument de protection des investissements est également très présente au sein de la Communauté européenne, comme le montrent les directives relatives à la protection des logiciels et à la protection des bases de données, qui visent moins à promouvoir la création qu'à favoriser le fonctionnement du marché intérieur (128). Cette logique de l'investissement a certainement culminé avec la création d'un « droit *sui generis* » destiné uniquement à protéger les investissements nécessaires à la fabrication des bases de données. Ce n'est donc pas un hasard si le seul domaine de la propriété intellectuelle où les

(127) Sacerdoti, G., *op. cit.*, p. 371.

(128) Voir not. les considérants 1 à 7 de la directive relative à la protection des bases de données. Pour une analyse approfondie de cette question, lire Vivant, M., *loc. cit.*, pp. 41 et s.

A.P.I. peuvent avoir une incidence est celui de la protection des bases de données.

S'il ne s'agit pas de nier la dimension économique des droits d'auteur (129), il faut néanmoins veiller à ce que la spécificité de ces droits soit préservée et à empêcher toute dérive, qu'elle provienne de l'O.C.D.E., de la Communauté européenne ou de l'O.M.C., qui consisterait à ne plus voir dans la propriété littéraire et artistique qu'un mode de protection des investissements.

Avril 1999

(129) Voir BOYTHA, G., « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », *R.I.D.A.*, 1992, vol. 151, pp. 52 et s.