

La crise du droit d'auteur ou l'impossible réforme internationale ?

*Edouard Treppoz**

- I. Le blocage
 - 1. Un texte favorable aux auteurs
 - 2. La sécurisation
- II. Le contournement
 - 1. Les options fermées
 - 2. Les options ponctuelles

Le constat est connu et partagé : le droit d'auteur est en crise.¹

Les causes de cette crise sont multiples. Outre le fait que la matière paie aujourd'hui sans doute les excès du siècle passé, la crise de légitimité provient principalement des modifications induites par le numérique. L'irruption de cette nouvelle technologie a permis l'émergence de nouveaux usages de consommations et de productions, mais aussi de nouveaux acteurs, le tout bouleversant l'équilibre du siècle passé.

Ainsi, aujourd'hui, chacun peut « consommer » la culture, sans aucune contrainte technique. Le numérique transforme les supports tangibles rivaux en des fichiers fongibles non rivaux et dé-multipliables à l'infini. La technique crée l'abondance que seul le droit contraint. A ces nouveaux modes de consommation répondent de nouveaux modes de création. Alors que les moyens de créations étaient autrefois onéreux et donc réservés aux professionnels, leur bas prix les rend aujourd'hui accessibles aux amateurs. Chacun désormais peut s'improviser réalisateur ou compositeur à moindre coût. Ce mouvement de démocratisation de la création et de banalisation du créateur est démultiplié par un accès facilité aux créations préexistantes. Chacun peut alors aisément créer à partir de ce nouveau tréfonds universel de la création que charrie chaque jour l'internet. La création du présent devient un collage infini des créations du passé. Là encore, la seule limite provient du droit d'auteur, limitant ces nouvelles productions. Le droit d'auteur est alors vu, à tort, comme une limite à la diffusion du savoir et à la production de nouveaux biens culturels.

* Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3.

¹ Notamment : A. BENSAMOUN, Portrait d'un droit d'auteur en crise, 224 RIDA (avril 2010) 3-159, 9 et P.-Y. GAUTIER, Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », 54 Propr. intell 2015, 10 *et seq.*

Parallèlement à ces nouveaux usages émergent de nouveaux acteurs globaux et principalement américains. Ces derniers ont su utiliser ces nouvelles technologies, pour développer de nouveaux services devenant rapidement essentiels à une échelle mondiale. Sans doute, faut-il rappeler que l'essor de ces nouveaux acteurs a été rendu possible par une certaine mansuétude assumée tant du droit européen qu'américain soucieux du développement de l'internet, mansuétude qui supposait d'en protéger les opérateurs.² Or, pour ces acteurs, le droit d'auteur constitue très certainement un frein à leur expansion. Développant une offre en apparence gratuite, ces derniers se rémunèrent néanmoins par le flux, notamment par le biais de la publicité ciblée. Dès lors, une pression moindre du droit d'auteur permet d'accroître le flux créé et par là même la rémunération de ces opérateurs.

Ainsi, convergent de manière paradoxale les intérêts du public et ceux des opérateurs en opposition franche au droit d'auteur. Un *lobbying* puissant peut alors s'organiser pour décrier la légitimité de ce dernier, en se prévalant de l'intérêt général, masquant pourtant difficilement l'intérêt particulier des opérateurs.

Cette crise de légitimité du droit d'auteur a justifié une décroissance de la protection conférée, tant par le législateur que par la jurisprudence. Ainsi, la loi République Numérique a créé deux nouvelles exceptions,³ fruits d'une alliance efficace entre les intérêts généraux du public et les intérêts particuliers des opérateurs sur internet. Le juge n'est pas en reste avec la consécration d'un contrôle de proportionnalité depuis l'important arrêt *Klasen*.⁴ Si les contours de ce contrôle de proportionnalité ne sont pas encore établis, il est possible qu'ils permettent à un internaute de s'approprier sans droit certaines images « iconiques ».⁵ Ce mouvement est loin d'être spécifique à la France. Le Canada a ainsi mis en place une exception spéci-

2 Ainsi, tant en Europe avec la Directive commerce électronique n° 2000/31, qu'aux Etats-Unis avec le DMCA (Digital Millenium Act), le principe fut celui d'une responsabilité limitée.

3 Sur les nouvelles exceptions introduites par la loi pour une République numérique : V.-L. BENABOU, La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle, Recueil Dalloz 2016, 531.

4 Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27391 : Recueil Dalloz 2015, 1672, note A. BENSAMOUN/P. SIRINELLI, Revue trimestrielle de droit commercial 2015, 509 ; obs. F. POLLAUD-DULIAN, La Semaine juridique – Entreprise et affaires (JCP E) 2016, 57 ; note A. ZOLLINGER, Propriétés intellectuelles 2016, n° 58, 89 ; note M. VIVANT/Ch. GEIGER, Propriétés intellectuelles 2016, n° 61, 418 ; obs. Ch. DE HAAS, L'Égipresse 2015, 330–474 ; note V. VARET, Juris art etc. 2015, n° 26, 6 ; note E. TREPPOZ, Communication, commerce électronique 2015, n° 7, 29 ; note Ch. CARON, Revue de jurisprudence commerciale 2016, 11 ; note Ch. ALLEAUME/D. MARTIN/E. TREPPOZ, Du bon usage du contrôle de proportionnalité en droit d'auteur, in : Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, LGDJ, 2018, p. 1011–1020.

fique pour les créations issues des utilisateurs d'internet.⁶ L'objectif était précisément de s'adapter à cette nouvelle donne technologique et créative, en diminuant d'autant l'exclusivité conférée à l'auteur. Enfin, la tendance est la même en Europe. De manière remarquable, la tant attendue directive droit d'auteur dans le marché numérique met en place des exceptions obligatoires dont la finalité n'est autre que de réduire l'exclusivité conférée à l'auteur dans l'univers numérique ;⁷ la jurisprudence de la Cour de justice n'est pas en reste, imposant une forme d'épuisement pour toute œuvre licitement présente sur l'internet. Le mouvement a commencé en autorisant les hyperliens,⁸ il pourrait se prolonger en autorisant toute reprise non commerciale de ces œuvres.⁹

Il ne s'agit pas ici de s'appesantir sur les bienfaits ou les méfaits de cette crise. Elle est un fait objectivement constatable. Notre propos est autre et porte sur la possible traduction de cette crise en droit international. La question consiste donc à savoir si ce déclin en droit interne du droit d'auteur peut se répercuter en droit international. La difficulté provient de la spécificité de ces sources internationales moins malléables et donc moins évolutives que les sources internes.

Se prononcer sur cette possible réception de la crise interne du droit d'auteur en droit international suppose de rappeler brièvement la construction internationale à l'œuvre depuis 1886. Ce paysage est marqué par la Convention de Berne, véritable astre au sein de la galaxie du droit d'auteur international,¹⁰ dont la dernière révision date de 1971 et à laquelle plus de cent soixante pays ont adhéré. L'innovation s'est ensuite faite en dehors de la Convention Berne. Ainsi, la propriété industrielle et le droit d'auteur ont intégré les questions de réglementation commerciale traitées par l'Organisation mondiale du commerce. Outre une intégration presque parfaite de

5 Cette analyse résulte d'une lecture a contrario des décisions du juge du fond appliquant le contrôle de proportionnalité en faveur du droit d'auteur : TGI Paris, 3^e ch., 4^e sect., 9 mars 2017, n^o 15/01086 : *Juris art etc.* 2017, 46-3, E. TREPPOZ, *Propriétés intellectuelles* 2017, 64-69, J.-M. BRUGUIERE et la décision de la Cour d'appel de renvoi dans l'affaire *Klasen CA* de Versailles, 16 mars 2018.

6 P.-E. MOYSE, *Le droit des utilisateurs au Canada*, *Juris art etc.* 2015, 25-30.

7 Ainsi, l'article 3 met en place une exception de *data mining*, tandis que l'article 4 impose une exception transfrontière dans le cadre de l'enseignement numérique. On en rapprochera le mécanisme mis en œuvre par l'article 7 conférant une licence non exclusive à des fins non commerciales ... en vue de la numérisation, la distribution, la communication au public.

8 CJUE, 13 février 2014, *Svensson*, Aff. C-466/12.

9 Voir les conclusions de l'Avocat Général CAMPOS SANCHEZ-BORDONA rendues le 25 avril 2018 dans l'affaire C-161/17.

10 J. C. GINSBURG/E. TREPPOZ, *International Copyright Law – U.S. and E.U. Perspectives* (Cheltenham 2015) n^o 1.1.

la Convention Berne,¹¹ ces accords ADPIC ont permis une modernisation des obligations internationales avec notamment la question du logiciel, mais aussi une plus grande effectivité. Par ailleurs, un traité en date de 1996 a modernisé le droit d'auteur selon une logique d'adaptation à ces nouvelles technologies. Pour autant, l'approche à l'époque n'était pas celle de la décroissance, mais plutôt d'une recherche d'alignement.¹² L'enlisement du cadre multilatéral a ensuite justifié un regain du bilatéralisme, avec comme objectif le renforcement des obligations internationales en faveur des titulaires de droit.¹³

L'observateur attentif des sources internationales constatera néanmoins une tendance timide à la décroissance. L'évolution ne s'effectue, en effet, plus toujours en faveur d'un renforcement des droits des titulaires, mais vient parfois les limiter. De manière ainsi remarquable, le traité de Marrakech de 2013 impose une exception en faveur des aveugles et des déficients visuels.¹⁴ Plus insidieusement, la version remaniée du Trans-Pacific Partnership Treaty prescrit à son article 18.66 une solution d'équilibre en matière d'exception. L'obligation internationale, qui n'obligeait qu'à un minimum, exige désormais un équilibre, faisant disparaître la marge de manœuvre de l'Etat en faveur d'un surplus de protection. Ces deux exemples montrent que le droit international n'est pas insensible à cette crise du droit d'auteur, imposant une certaine décroissance.

Le constat, certes encore timide, de cette volonté de décroissance en droit international ne justifie pas pour autant sa légitimité. Il montre, au minimum, la réalité d'une pression pour réceptionner à tous les niveaux de normativité cette crise du droit d'auteur. Pourtant, cette volonté se confronte à la particularité du droit d'auteur international, imposant de manière obligatoire une logique favorable à l'auteur. De manière remarquable, le droit d'auteur international a mis en œuvre un blocage substantiel du niveau de protection conféré à l'auteur. Toute tentative de décroissance voit dès lors sa licéité questionnée au niveau international. Il faudra dès lors expliciter le blocage mis en œuvre au niveau international, pour apprécier la légitimité des stratégies de contournement.

11 On notera néanmoins que l'article 6 bis de la Convention de Berne consacrant le droit moral n'a été qu'imparfaitement intégré aux Etats-Unis.

12 Sur laquelle : E. TREPPOZ, L'adaptation des exceptions du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement, *Communication, commerce électronique*, n° 7, juillet 2010, étude 14.

13 Sur cette évolution : S. VON LEWINSKI, *International Copyright Law and Policy* (Oxford 2008), 349 *et seq.*

14 A. LUCAS/A. LUCAS-SCHLOETTER/C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, (5^e éd., Paris 2017) n° 1932 : « c'est la première fois qu'une Convention administrée par l'OMPI édicte des normes rendant obligatoires des exceptions au droit d'auteur ... l'innovation est en elle-même spectaculaire ».

I. LE BLOCAGE

La juste compréhension du blocage mis en place par la Convention de Berne suppose d'expliquer d'abord l'approche pro-auteur de la Convention, pour décrire ensuite, la sécurisation mise en place par la Convention.

1. *Un texte favorable aux auteurs*

La Convention de Berne voit le jour à la fin du XIX^e siècle à une époque où s'affirme la conception romantico-personnaliste de la création. Cette conception marquera dès l'origine la Convention.¹⁵ Le texte s'affirme en effet comme un texte de droit continental réceptionnant partiellement une approche de droit d'auteur à la française, loin de l'approche plus économique du *copyright*. Cela explique que les États-Unis attendront plus d'un siècle pour y adhérer. Trois dispositions sont, à ce titre, exemplaires de cette opposition des modèles et de l'approche continentale adoptée par la Convention. Ainsi, le droit moral reconnu à l'article 6 bis de la Convention constitue un marqueur de cette approche de droit d'auteur. Certes, il n'y est pas aussi intense qu'en droit français. Il reste néanmoins étranger à la conception du *copyright* américain, qui bien qu'adhérant à la Convention ne le reconnaît qu'imparfaitement. La prohibition des formalités à l'article 5.2 de la Convention témoigne aussi d'une approche naturaliste de la matière, loin de l'utilitarisme dont témoigne la procédure d'enregistrement américaine. On rappellera qu'aux États-Unis l'enregistrement subordonne encore la recevabilité de l'action en contrefaçon pour les œuvres américaines.¹⁶ Enfin, et pour se limiter à l'essentiel, la durée de protection est non seulement longue au sein de la Convention, mais surtout subordonnée à la mort de l'auteur, personne physique. Là encore, l'approche était autre aux États-Unis, prévoyant une durée de protection courte renouvelable et dont le délai de computation n'était pas fonction de la mort de l'auteur.¹⁷ Par ce choix d'une approche continentale, la Convention de Berne opte pour une protection forte tant des intérêts patrimoniaux que moraux des auteurs.

Le plus notable alors est que la Convention procède par *minima* conventionnels, conditionnant le principe du traitement national. Or, ces *minima* ne forment que des planchers au-dessus desquels chaque Etat membre peut rehausser sa protection. Ainsi, l'article 19 de la Convention autorise implicitement à conférer une protection plus large que celle édictée par la Con-

15 P. GOLDSTEIN/B. HUGENHOLTZ, *International Copyright – Principles, Law, and Practice*, (3^e éd., Oxford 2013) 34 sur l'influence de la logique naturaliste française.

16 R. A. GORMAN/J. C. GINSBURG/R. A. REESE, *Copyright: Cases and Materials*, (9^e éd., St Paul 2017) 118 *et seq.*

17 GORMAN/GINSBURG/REESE, *supra* note 16, 74 *et seq.*

vention. Cette dernière ne vise donc pas à trouver un point d'équilibre entre des droits antagonistes et notamment ceux de l'auteur et/ou des utilisateurs, mais à assurer les auteurs d'un minimum de protection. Elle n'impose donc pas un plafond, mais un plancher en deçà duquel les intérêts de l'auteur sont sauvegardés. L'Etat membre ne peut alors protéger moins. Il peut néanmoins protéger plus. De manière remarquable, si chaque Etat peut localement offrir une protection plus élevée, ce surplus de protection doit être conféré à l'étranger au titre du traitement national. Ainsi, si un Etat décide de protéger les logiciels par le droit d'auteur ce que n'impose pas explicitement la Convention de Berne, ce dernier devra accorder ce surplus aux auteurs étrangers. La rédaction du traitement national à l'article 5.2 de la Convention inclut en effet « les droits spécialement accordés par la Convention », mais aussi les « droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux ». Il est alors intéressant de comparer cette rédaction à celles du traitement national que connaissent les autres Conventions de propriété intellectuelle et ne visant que les *minima* conventionnels. A titre d'exemple, le traitement national au sein du Traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (Traité WPPT) ne porte que sur « les droits exclusifs expressément reconnus dans le présent traité ». La différence est lourde de conséquences. Selon tous ces textes, si la loi locale confère une protection moindre que les *minima*, l'auteur unioniste bénéficiera de ces *minima*. La particularité de la Convention de Berne est que si la loi locale confère une protection plus étendue, l'auteur unioniste bénéficiera de ce surplus. Ce ne serait pas le cas à l'aune du traitement national inclus dans le Traité WPPT.

Non seulement, la Convention opte pour une approche continentale dans le cadre de ces *minima* conventionnels, mais surtout, elle met en place un mécanisme assurant localement l'auteur du plus haut niveau de protection. Cette orientation substantielle en faveur de l'auteur se prolonge alors au sein de la Convention, qui en assure la sécurisation.

2. La sécurisation

La sécurisation de ces *minima* dépend des blocages, tant internes qu'externes, mis en place par la Convention. L'objectif est précisément d'éviter une décroissance de ces *minima* en défaveur de l'auteur.

Comme tout texte, la Convention de Berne est susceptible d'être révisée. La difficulté ici résulte des conditions de révisions prévues à l'article 27. En premier lieu, les révisions doivent avoir pour but « d'introduire des améliorations de nature à perfectionner le système de l'Union ». On a pu montrer que ce système est marqué par une approche favorable à l'auteur. Il serait donc possible de considérer qu'une révision limitant la protection de

l'auteur ne permettrait pas d'introduire des améliorations de nature à perfectionner ledit système. La protection serait néanmoins de courte durée. Il suffirait en effet de réviser ledit article 27. C'est là qu'intervient la seconde protection mise en place par l'article 27 et difficilement franchissable. Selon cet article, toute révision des articles non institutionnels « requiert l'unanimité des votes exprimés ». Or, aujourd'hui, 168 pays sont membres de la Convention, ce qui politiquement exclut toute révision, l'unanimité s'avérant illusoire. Ce mécanisme explique l'absence de révision depuis 1971. A titre de comparaison, on notera que la Convention de Rome à son article 29 subordonne une révision à un accord des deux tiers des États présents. L'explication est sans doute temporelle, l'unanimité étant la règle à l'époque de la Convention de Berne pour évoluer ultérieurement en faveur de la majorité. Il demeure que les conditions de révision requises au sein de la Convention de Berne s'avèrent particulièrement contraignantes, avec comme conséquence l'impossibilité contemporaine de modifier ce texte phare du droit d'auteur international. Le système est donc bloqué de l'intérieur.¹⁸ Une voie alternative serait alors de prévoir cette décroissance par des textes externes à la Convention.

Si la Convention de Berne n'a pas pu être révisée depuis 1971, le paysage international du droit d'auteur a pourtant évolué tant d'un point de vue multilatéral que bilatéral.¹⁹ Le blocage institutionnel lié à l'article 27 de la Convention de Berne a imposé de réformer le paysage international du droit d'auteur sans toucher à la Convention de Berne. La réforme internationale s'est donc effectuée, non plus *au sein*, mais *à côté* de la Convention de Berne. Des pays membres de la Convention peuvent en effet décider par de nouveaux traités, distincts de la Convention, de moderniser le cadre international du droit d'auteur. Telle était la logique à l'œuvre pour le traité OMPI de 1996, adaptant le droit d'auteur à l'internet. Chaque Etat membre de la Convention de Berne est alors libre de rejoindre ce nouveau traité, s'agrégeant aux acquis internationaux dont l'effectivité devient à géométrie variable en fonction des adhésions aux différents textes internationaux. Pourtant, ce pas de côté ne confère pas une liberté totale aux États membres. Ces nouveaux traités ne peuvent en effet totalement s'affranchir de la Convention de Berne. La raison est simple et dépend de l'article 20 de la Convention, imposant un blocage, cette fois-ci, externe à la Convention. Ainsi selon cet article, les Etats parties à la Convention de Berne peuvent

18 J. BLOMQUIST, *Primer on International Copyright and Related Rights*, (Cheltenham/Northampton 2014) 234 : « Together these two provisions (article 20 and 27) mean that it is difficult to imagine any substantive revision of the Convention within the foreseeable future ».

19 VON LEWINSKI, *supra* note 13, 349 *et seq.*

« prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements confèrent aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention ».

La Convention de Berne subordonne donc toute modification externe du droit d'auteur international à deux conditions en fonction du domaine d'application matérielle de la Convention. Dans un cas, le nouveau traité porte sur un champ substantiel distinct. La conséquence est alors que les stipulations de ce nouveau traité, autres que celles de la Convention de Berne, ne doivent pas être contraires à la Convention. Dans l'autre hypothèse, le nouveau traité porte sur le même champ substantiel que la Convention. Ce dernier doit alors conférer aux auteurs des droits plus étendus. Ainsi, un traité sur le droit moral ne pourrait retenir une protection moindre que celle conférée par l'article 6 bis de la Convention. Cette hypothèse montre clairement que la Convention de Berne, par le biais de l'article 20, fait rayonner son impérativité et son niveau de protection à des textes qui lui sont étrangers, s'imposant ainsi comme la norme de référence au sein du droit d'auteur international.²⁰ Concrètement, un Etat membre de la Convention de Berne adhérant à un texte conférant moins de protection à l'auteur que ladite Convention, en violerait l'article 20.²¹ On rappellera que, depuis l'intégration de la Convention au sein de l'OMC, il serait possible de saisir l'organe de règlement des différends d'un tel manquement. L'effectivité de ce blocage externe est alors réelle.

Avec cet article 20, la Convention de Berne exclut en apparence toute décroissance, faisant produire un effet cliquet à la protection existante au sein de la Convention de Berne. Il faut néanmoins s'interroger sur un possible contournement de la Convention, afin de mettre en œuvre cette décroissance du droit d'auteur au niveau international.

II. LE CONTOURNEMENT

Pour mettre en œuvre ce contournement, il faut se confronter à la Convention afin de montrer des voies possibles de décroissance. Nous verrons que si certaines options sont fermées, des ouvertures sont envisageables.

20 On notera d'ailleurs que cette soumission est assumée, les textes ultérieurs prévoyant une intégration ou une sauvegarde de la Convention de Berne.

21 S. RICKESTON/J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond* (Oxford 2006) T. 1, n° 6.129 : « An inconsistent future agreement will clearly constitute a breach of article 20, as this imposes an obligation on Union members not to make such agreements. »

1. *Les options fermées*

Certaines options, bien qu'évoquées et parfois pratiquées, nous semblent devoir être refusées en ce qu'elles ne respectent pas la Convention de Berne.

La première de ces options supposerait de transformer le minimum conventionnel de la Convention de Berne, non plus en un plancher, mais en un plafond. La Convention de Berne deviendrait un texte de compromis entre des droits antagonistes et non un texte favorable aux auteurs. La mise en œuvre d'une telle transformation n'est pas encore à l'œuvre, bien que des signes annonciateurs soient perceptibles. Ainsi, le traité OMPI de 1996 reconnaît, dans le cadre de son préambule, la nécessité de « maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne ». Sans véritable portée normative, cette recherche d'équilibre témoigne au minimum d'un changement d'époque et d'atmosphère. Le risque devient réalité à la lecture de la version révisée du *Trans Pacific Partnership Treaty*. On rappellera que son article 18.66 impose précisément une solution d'équilibre en matière d'exceptions.²² La rupture est radicale. Auparavant, la recherche d'un équilibre n'avait jamais constitué une obligation internationale. La seule obligation internationale dépendait du triple test, sauvegardant les prérogatives de l'auteur. En conséquence, un Etat membre ne pouvait, par le jeu des exceptions, vider de tout contenu l'exclusivité de l'auteur. En revanche, rien n'interdisait à ce même Etat de retenir un système très favorable à l'auteur. L'équilibre n'était pas imposé. Seule la sauvegarde des droits de l'auteur l'était. Le TPP rompt cette approche, en transformant un minimum en un maximum. Une telle évolution nous paraît problématique, en ce qu'elle s'oppose aux exigences de la Convention de Berne. Transformer un minimum conventionnel en un maximum conventionnel aboutit à conférer moins de droits que ceux conférés par la Convention. Une telle solution s'oppose à l'article 19 de la Convention qui permet d'aller au-delà des *minima* conventionnels. On rappellera par ailleurs que ce surplus de protection bénéficie aux étrangers unionistes par le biais du traitement national. En conséquence, il nous semble qu'une telle transformation accorderait des droits moins

22 Article 18.66 TPP : « Each Party shall endeavour to achieve an appropriate balance in its copyright and related rights system, among other things by means of limitations or exceptions that are consistent with Article 18.65 (Limitations and Exceptions), including those for the digital environment, giving due consideration to legitimate purposes such as, but not limited to: criticism; comment; news reporting; teaching, scholarship, research, and other similar purposes; and facilitating access to published works for persons who are blind, visually impaired or otherwise print disabled. »

étendus que ceux conférés par la Convention et serait donc contraire à l'article 20. L'auteur unioniste ne pourrait plus profiter des surplus de protection que pouvait octroyer l'Etat de protection. En ce sens, l'article 18.66 du TPP nous paraît contraire à l'acquis international en droit d'auteur.

La seconde option supposerait, à l'image du Traité de Marrakech, d'imposer des exceptions. La crise du droit d'auteur porte sur l'exclusivité conférée à l'auteur, prétendument au détriment de l'intérêt général. Les instruments permettant d'offrir un meilleur équilibre entre ces intérêts antagonistes sont nombreux, de la durée aux conditions de protection. Néanmoins, les exceptions constituent l'instrument le plus efficace pour qui souhaiterait limiter l'exclusivité de l'auteur. La crise du droit d'auteur passe donc par celle des exceptions.²³ Le Traité de Marrakech constitue alors un tournant politique « spectaculaire »²⁴ en droit d'auteur international, édictant pour la première fois une exception obligatoire au niveau international. La décroissance devient une réalité au sein même des sources internationales. Il n'est pas pour autant certain qu'elle soit légitime. Les observateurs attentifs ont pu noter que ce traité, à la différence du traité OMPI, n'est pas qualifié d'arrangement particulier au sens de la Convention. L'objectif est d'éviter le jeu perturbateur de la Convention de Berne et de son article 20 précisément, applicable aux arrangements particuliers. La manœuvre ne nous semble pourtant pas fonctionner, tant la qualification et l'application de l'article 20 de la Convention doivent dépendre du seul contenu objectif du traité. Or, en l'espèce, il ne fait guère de doute qu'il s'agit objectivement d'un arrangement particulier. De plus, ce dernier porte sur le domaine d'application de la Convention. En conséquence, sa conformité à l'article 20 de la Convention de Berne exige qu'il confère des droits plus étendus à l'auteur. En l'espèce, l'analyse est nécessairement autre.²⁵ Ce traité imposant une exception confère des droits moindres à l'auteur et, par là même, viole l'article 20 de la Convention, comme le reconnaît majoritairement la doctrine.²⁶

Aucune des options timidement mises en place pour réceptionner au niveau international la crise interne du droit d'auteur, ne semble alors légitime. Il est néanmoins possible que d'autres tentatives émergent, dont certaines apparaissent plus difficiles à canaliser.

23 Sur cette crise : D. PIATEK, *La crise des exceptions en droit d'auteur*, Institut Varrenne, Collection de thèse, 2017.

24 LUCAS/LUCAS-SCHLOETTER/BERNAULT, *supra* note 14, n° 1932.

25 J. REINBOTHE/S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties on Copyright* (2^e éd., Oxford 2015) 649 proposant une analyse en faveur d'un texte optionnel.

26 BLOMQUIST, *supra* note 18, 29 ; REINBOTHE/VON LEWINSKI, *supra* note 25, 649 *et seq.* et LUCAS/LUCAS-SCHLOETTER/BERNAULT, *supra* note 14, n° 1931.

2. *Les options ponctuelles*

Fortes de cette contrainte internationale mise en œuvre par la Convention de Berne, deux voies de décroissance sont envisageables. L'une théorique supposerait d'imposer cette décroissance là où précisément la Convention de Berne n'est pas applicable. L'autre reposerait sur la figure du juge mettant œuvre cette décroissance par un contrôle de proportionnalité confrontant le droit d'auteur à d'autres intérêts antagonistes.

La première voie suppose de rappeler les conditions d'application de la Convention de Berne. Cette dernière exige, pour être applicable,²⁷ une situation internationale, l'internationalité de la situation dépendant de la revendication d'une protection dans un pays autre que le pays d'origine de l'œuvre.²⁸ En conséquence, les États-Unis peuvent conditionner la recevabilité de l'action en contrefaçon à l'enregistrement pour les seules œuvres américaines. Une telle condition disparaît pour les œuvres étrangères, assurant la conformité du droit américain à l'article 5.2 de la Convention de Berne, applicable à ces seules œuvres étrangères. Il serait alors possible techniquement d'imaginer un texte international applicable aux seules situations internes et imposant cette décroissance. Ainsi, il serait possible d'imposer des formalités²⁹ par un texte international applicable aux seules situations locales. Plus généralement, la décroissance serait imposée par un texte international pour des situations locales, hors du champ de la Convention. Techniquement, cette manœuvre permettrait d'éviter que ce traité international soit contraire à la Convention de Berne. On peut toutefois se demander si une convention internationale imposant localement l'enregistrement comme condition de recevabilité ne serait pas indirectement contraire à l'article 20. Au-delà de cette question théorique, il semble politiquement difficile de généraliser une telle solution qui conduirait à mieux protéger les œuvres étrangères que locales. Dans un autre champ substantiel et à une autre époque, Niboyet avait systématisé « la loi du maximum de différence entre le traité et la loi interne », justifiant un phénomène

27 Cette condition est d'ailleurs trop souvent malmenée par les juges : Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n° 11-15165 appliquant la Convention de Berne à une situation locale, pour une critique de cette solution : Y. GAUBIAC, *La Convention de Berne encore méconnue*, Communication, commerce électronique 2008, novembre, Etude n° 11 et CJUE, 16 novembre 2016, Aff. C-301/15 appliquant la Convention de Berne à la loi française sur le livre indisponible sans en vérifier le champ d'application spatial.

28 Article 5 de la Convention de Berne.

29 Pour une présentation française du débat initié principalement aux États-Unis : D. BELOT, *La durée de protection en droit d'auteur et droits voisins*, Thèse Lyon 3, 2017, 356 *et seq.*

d'attraction, au-delà d'un certain seuil de différences, du droit interne par le droit international.³⁰ Si cette voie est techniquement possible, elle nous semble néanmoins politiquement illusoire.

La seconde voie repose alors sur la figure du juge international. Il faut alors rappeler deux évidences relatives au rôle contemporain du juge. La première repose sur la conquête du système normatif de référence, Hébraud³¹ notant que la norme jurisprudentielle fait corps avec la règle qu'elle interprète, empruntant la valeur de cette dernière. Ainsi, le juge national a pu s'émanciper de la loi par le contrôle de conventionnalité. La seconde remarque porte sur la conquête du dernier mot par le juge international. Alors que le dialogue des sources se finit en droit interne par un bris de jurisprudence,³² ce même dialogue mis en œuvre par un juge supra-national donne la primauté au juge. La raison est simple et repose sur l'incapacité de réviser la norme internationale excluant ainsi de combattre la jurisprudence du juge. Or, en droit d'auteur international, l'émergence de la figure du juge international est une réalité difficilement contestable. On rappellera que si la Cour internationale de justice pouvait être saisie par les États membres dans le cadre de la Convention de Berne,³³ ce qui n'arriva pourtant jamais, l'OMC connaît un organe de règlement des différends régulièrement saisi en matière de propriété intellectuelle.³⁴ Or, en appliquant ces normes internationales, l'Organe de règlement des différends est nécessairement conduit à les interpréter. On se limitera à citer la décision de cet organe sur le triple test³⁵ dont la nature interprétative peut difficilement être contestée.³⁶ Très attendue, la prochaine décision sur le paquet de cigarettes neutre reposera sur un équilibre délicat entre la propriété intellectuelle et les exigences de santé publique.³⁷ A supposer que les panélistes retiennent une approche défavorable à la propriété intellectuelle selon une logique de décroissance, aucun bris de cette jurisprudence par la loi ne sera possible, le dernier mot étant ici celui de l'organe d'appel. A cette première figure s'ajoute la recrudescence de l'arbitrage investissement. Popularisé en ma-

30 J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé* (Paris 1947–1950), T. 3, 262.

31 P. HEBRAUD, *Le juge et la jurisprudence*, in : *Mélanges offerts à Paul Couzinet* (1974) 329.

32 Ph. MALAURIE, *La jurisprudence combattue par la loi* : *Mélanges offerts à René Savatier* (Paris 1964), 603 *et seq.*

33 Article 33 de la Convention de Berne.

34 A ce jour, on dénombre trente-huit saisines.

35 WT/DS160/24/R.

36 Voir la critique de certains académiques contestant le caractère cumulatif des conditions, sur l'ensemble du débat : LUCAS/LUCAS-SCHLOETTER/BERNAULT, *supra* note 14, n° 371.

37 DS434 en attente de la décision du panel.

tière de propriété intellectuelle par le contentieux des mêmes paquets de cigarettes neutres, l'arbitrage investissement suppose la saisine d'un tribunal arbitral pour apprécier le respect par l'Etat de ses obligations internationales, respect contesté par un investisseur privé.³⁸ La propriété intellectuelle constituant un investissement,³⁹ il est fort probable que ces tribunaux se saisissent du droit d'auteur international et en proposent leur interprétation. Là encore, les éléments possibles d'une décroissance sont en place, sans qu'aucun bris de jurisprudence ne soit possible.

Si la décroissance est normalement impossible au niveau international, l'émergence de juges internationaux pourrait remettre en cause ces blocages de manière difficilement réversible. La décroissance au niveau international se fera alors par l'entremise de ces nouveaux juges internationaux, qui eux seuls pourraient s'ériger paradoxalement au-delà des contraintes du droit d'auteur international.

38 Pour une présentation : N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle* (Paris 2016) 609.

39 Pour une récente illustration : *Bridgestone v. Republic of Panama*, ICSID case n° ARB/16/34.