

Déclaration en vue d'une interprétation du « Test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur

Christophe Geiger*, Jonathan Griffiths
et Reto M. Hilty*****

INTRODUCTION

Les inquiétudes soulevées par l'impact du test des trois étapes (ci après « le test ») sur le droit d'auteur et les droits voisins vont croissantes. Depuis son inclusion au sein de la Convention de Berne, le test des trois étapes, destiné à permettre la reproduction d'œuvres protégées par le droit d'auteur « dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »¹, a vu sa portée constamment accrue. Repris dans l'accord ADPIC² et les traités de l'OMPI³, son application s'est vue

© Christophe Geiger, Jonathan Griffiths, Reto M. Hilty, 2012.

* Maître de conférences, directeur général et Directeur du Laboratoire de recherche du Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle (CEIPI), université de Strasbourg ; chercheur associé à l'institut Max Planck pour la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et le droit fiscal à Munich.

** Senior lecturer à la faculté de Droit de l'université Queen Mary de Londres.

*** Directeur de l'institut Max Planck pour la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et le droit fiscal à Munich ; professeur aux universités de Zurich et Munich.

1. Art. 9 (2) de la Convention de Berne.

2. Art. 13, accord ADPIC.

3. Art. 10 du Traité OMPI sur le droit d'auteur et art. 16 (2) du Traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

élargie à l'ensemble des droits d'auteur et des droits voisins. Depuis, le test a été consacré explicitement au niveau communautaire⁴ et incorporé dans de nombreuses législations nationales⁵. Aujourd'hui, le test est désormais au cœur de toutes les réflexions concernant le futur des exceptions et des limitations au droit d'auteur⁶.

Parallèlement à cette évolution, la lecture consacrée du test des trois étapes est devenue de plus en plus restrictive. L'interprétation du test par le panel de l'OMC, sollicité à propos de la section 110 (5) du *Copyright Act* américain de 1976, consacre une approche strictement économique de cet instrument juridique et semble ne laisser qu'une marge de manœuvre très limitée aux États pour rechercher un équilibre satisfaisant entre les intérêts des titulaires de droits et les autres intérêts concurrents⁷. Les juges nationaux ont parfois mal compris les exigences du test et ont pu l'appliquer d'une manière profondément déséquilibrée⁸.

C'est dans ce contexte que l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle de Munich et la Faculté de droit de l'Université Queen Mary de Londres ont réuni un certain nombre d'experts de diverses nationalités au sein d'un projet commun, avec pour objectif d'élaborer une déclaration proposant une interprétation équilibrée du « test des trois étapes » en droit d'auteur. La déclaration issue de cette collaboration est reproduite ci-dessous. La liste des signataires est ouverte sur les sites Internet de l'Institut Max Planck⁹ et de la Faculté de droit de Queen Mary, University of London¹⁰.

4. V. principalement l'article 5 (5) de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.
5. Notamment en France, v. l'avant-dernier alinéa de l'article L. 122-5 du CPI, inséré par la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.
6. V. notamment le Livre Vert de la Commission des Communautés européennes, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, Bruxelles, COM (2008) 466/3, p. 5, selon lequel le test des trois étapes « est devenu la référence en matière de limitations au droit d'auteur ».
7. Rapport du panel de l'OMC daté du 15 juin, WT/DS160/R.
8. V. Par exemple Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006 : *RIDA* juill. 2006, p. 323.
9. <<http://www.ip.mpg.de>>.
10. <<http://www.law.qmul.ac.uk>>.

Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur¹¹**Préambule**

Le rythme toujours croissant du développement technologique a fondamentalement modifié le rôle et l'impact du droit d'auteur. L'évolution des nouveaux modèles économiques a entraîné un changement des priorités. Des menaces nouvelles ont vu le jour – menaces pesant à la fois sur les intérêts des ayants droit et sur ceux des utilisateurs. Autant que possible, ces intérêts potentiellement en conflit doivent être réconciliés.

Jusqu'à présent, l'harmonisation du droit d'auteur au niveau international a eu en premier lieu pour objectif de permettre aux ayants droit de profiter des nouveaux modes d'exploitation et des nouveaux modèles économiques. Bien qu'une telle harmonisation internationale profite aux pays exportateurs d'œuvres en leur garantissant un cadre légal stable et prévisible, les expériences passées, la théorie économique et le principe de souveraineté indiquent que les États doivent pouvoir jouir d'une marge de manœuvre suffisante pour adapter leur droit d'auteur national en fonction de leurs propres besoins culturels, sociaux et économiques. Ce sont les dispositions sur les exceptions et les limitations au droit d'auteur qui fournissent le principal mécanisme juridique permettant de garantir au niveau national une balance des intérêts équilibrée et pertinente, adaptée aux besoins de chacun des États.

Le test des trois étapes constitue un outil efficace permettant d'éviter une application excessivement large des limitations et exceptions au droit d'auteur. En revanche, il n'existe aucun autre mécanisme juridique permettant d'éviter une approche excessivement étroite des limitations et exceptions. Pour cette raison, l'interprétation du test doit être guidée par la recherche d'une application appropriée et équilibrée des limitations et des exceptions. Ceci est fondamental si l'on souhaite obtenir une juste balance des intérêts en cause.

11. Ce texte constitue la version française de la « *Declaration on a balanced interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law* », établie pour en faciliter l'accès aux lecteurs francophones. Bien que la traduction se veuille fidèle à la version originale anglaise, seule cette dernière engage les signataires. La version française a été rédigée par Christophe Geiger et Sylvie Nérison. Le texte original est disponible en ligne sur le site de l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle : <<http://www.ip.mpg.de>>.

Considérant ce qui suit :

L'objectif du droit d'auteur est de servir l'intérêt général en incitant à la création d'œuvres nouvelles et à leur diffusion auprès du public. En tant que telles ou en servant de point de départ à de nouvelles créations, ces œuvres permettent de satisfaire les besoins de la collectivité. Toutefois, l'intérêt général n'est réellement promu que si le droit d'auteur fournit des incitations appropriées pour toutes les parties en cause. Le droit d'auteur doit donc satisfaire les intérêts des détenteurs originaires de droits (tels que les créateurs) autant que les intérêts de ceux qui acquièrent les droits dans le cadre de l'exploitation de l'œuvre (que nous appellerons par la suite les cessionnaires).

Les créateurs et les cessionnaires ont souvent des intérêts communs, comme par exemple la lutte contre les utilisations non autorisées des œuvres. Cependant, leurs intérêts respectifs peuvent également diverger. En effet, les limitations et les exceptions sont presque toujours un obstacle à la maximisation des profits provenant des investissements des cessionnaires alors qu'elles peuvent dans certaines circonstances *favoriser* les intérêts des créateurs. Cela est particulièrement le cas dans les systèmes juridiques où l'application des exceptions et limitations est liée au paiement d'une rémunération équitable dont une part est obligatoirement reversée au créateur. Le test des trois étapes ne devrait pas être interprété d'une manière qui compromette une solution adéquate à ce conflit d'intérêts.

Il n'est pas dans l'intérêt général de promouvoir les intérêts des ayants droit au détriment des autres intérêts individuels et collectifs existant au sein de la société. Lorsque les intérêts des ayants droit et ceux du public entrent en conflit, un effort doit être fait pour parvenir à un arbitrage équilibré. Cette recherche d'équilibre est un objectif général des réglementations internationales de propriété intellectuelle, comme l'indique l'article 7 de l'accord ADPIC. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur insiste d'ailleurs dans son préambule sur « 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 ».

Les limitations et les exceptions sont le principal instrument juridique pour réconcilier le droit d'auteur avec les intérêts individuels et collectifs du public. Lors de la détermination de la portée du

test des trois étapes, les intérêts des ayants droit ne devraient pas être les seuls pris en compte. Le besoin de respecter également les autres intérêts en cause (comme ceux des tiers) est expressément confirmé par l'application du test au droit de la propriété industrielle (v. les art. 17, 26 (2) et 30 de l'accord ADPIC). Le fait que les intérêts des tiers ne soient pas explicitement mentionnés dans les dispositions sur le test des trois étapes en matière de droit d'auteur n'exclut pas la prise en compte de ces intérêts. Bien au contraire, cette absence révèle une omission qu'il revient aux juges de combler.

Une juste application du test des trois étapes requiert une appréciation globale plus qu'une application « étape » par « étape » des différentes conditions, telle que sa lecture usuelle (mais trompeuse) semble impliquer. Aucune des trois « étapes » ne devrait primer. Ainsi appliqué, le test ne condamne pas la nécessaire recherche d'équilibre entre les intérêts des différents groupes d'ayants droits, ou entre les ayants droit d'une part et le public d'autre part. Si, dans un cas particulier, lors de l'examen des différentes étapes, l'analyse de la conformité d'une exception ou d'une limitation conduit à des résultats contradictoires, il convient d'adopter une approche globale. La formulation actuelle du test des trois étapes n'exclut pas une telle lecture. Cependant, cette approche a souvent été négligée par la jurisprudence¹².

L'intérêt général est particulièrement fort lorsque l'on est en présence de valeurs qui sous-tendent les droits fondamentaux. Ces mêmes valeurs doivent faire l'objet d'une attention particulière lors de la mise en œuvre du test. Par ailleurs, même si la reconnaissance de droits exclusifs par le droit d'auteur tend inévitablement à restreindre la concurrence, l'intérêt général commande de limiter cette propension au strict nécessaire.

Les limitations et exceptions constituent un mécanisme permettant d'éviter les utilisations anticoncurrentielles pouvant résulter d'une position exclusive sur le marché découlant d'un droit de propriété intellectuelle. À cet égard, les limitations et exceptions se révèlent plus efficaces que le droit de la concurrence puisqu'elles éta-

12. V. par exemple l'arrêt de la Cour de cass. du 28 févr. 2006, précit. note 8. La même approche a été retenue dans le rapport du panel de l'OMC WT/DS114/R du 17 mars 2000 (*Canada – Patents*), selon lequel le fait qu'une seule des trois conditions ne soit pas remplie établit nécessairement qu'il y a violation de l'article 30 de l'accord ADPIC. Le rapport suivant WT/DS160/R du 15 juin 2000 (*USA – Copyright*), bien qu'il ne reprenne pas expressément le même raisonnement, ne s'en est pas écarté suffisamment pour dissiper les incertitudes à ce propos.

blissent un fondement général pour « remédier » à ces positions anti-concurrentielles (contrairement à l'approche au cas par cas du droit de la concurrence). Elles renforcent ainsi la sécurité juridique en garantissant une certaine prévisibilité et permettent de réduire les coûts de transaction. Les décisions concernant l'introduction et la portée des limitations et exceptions pour promouvoir la libre concurrence devraient être laissées à la discrétion des législateurs nationaux. Le test des trois étapes ne devrait pas être appliqué d'une manière qui permette le maintien de pratiques anticoncurrentielles ou empêche l'établissement d'un équilibre harmonieux entre les intérêts légitimes des ayants droit d'une part et la libre concurrence d'autre part (surtout sur les marchés secondaires).

Une des clefs du caractère incitatif du droit d'auteur pour les titulaires originaires de droits et pour leurs cessionnaires est la rémunération de l'utilisation des œuvres à un prix établi par la loi de l'offre et de la demande. En effet, des tarifs élevés sont acceptables s'ils résultent d'une libre concurrence. Toutefois, le marché n'est pas le *seul* indicateur à même d'établir le montant d'une rémunération « équitable » et à la mesure des intérêts des ayants droits. La détermination d'une rémunération dans des conditions anticoncurrentielles n'est pas acceptable.

En conséquence, lorsque l'introduction de nouvelles limitations et exceptions aux droits exclusifs est nécessitée par la prise en compte des intérêts des tiers, le test des trois étapes ne devrait pas exclure une rémunération inférieure au cours établi par le marché. La rémunération est équitable tant qu'elle constitue une incitation suffisante à la création de nouvelles œuvres et à leur diffusion. Son montant doit donc aussi être considéré comme satisfaisant lorsque la différence entre la rémunération réelle et inférieure au cours du marché et celle qu'établirait théoriquement la loi de l'offre et de la demande est justifiée par les intérêts des tiers.

Objectifs

Le test des trois étapes remplit différentes fonctions selon le type de réglementation et l'ordre juridique dans lequel il s'inscrit. Dans l'ordre international, il dessine les contours de la liberté laissée aux États de déterminer les exceptions et limitations au droit d'auteur. Dans l'ordre interne, le test peut être intégré au droit positif ou seulement servir de clef d'interprétation du droit national.

Cette déclaration n'a ni l'ambition de supprimer ces différences, ni celle de restreindre la liberté des législateurs de déterminer les exceptions et limitations dans le droit interne ; encore moins d'intervenir dans la répartition des compétences à l'intérieur de l'ordre juridique européen.

Le droit international économique permet la recherche d'un équilibre des intérêts économiques et sociaux. Le droit international de la propriété intellectuelle souligne le besoin de cette recherche d'équilibre. Cette déclaration propose, en matière de droit d'auteur, une interprétation équilibrée du test permettant d'assurer que les exceptions et limitations déjà reconnues par les lois nationales ne soient pas excessivement restreintes et que l'introduction d'exceptions et de limitations justement équilibrées ne soit pas prohibée.

Déclaration

Les signataires :

- Conscients de la reconnaissance croissante du test des trois étapes par le droit d'auteur au niveau international, communautaire et national,
- Considérant certaines interprétations du test au niveau international comme indésirables,
- Estimant que l'application du test par certaines juridictions et législations nationales a été à tort influencée par une interprétation restrictive de ce test,
- Considérant qu'il est souhaitable que l'interprétation du test se fasse de manière équilibrée,

Déclarent ce qui suit :

- 1) Le test des trois étapes constitue un ensemble indivisible. Les trois conditions doivent être examinées ensemble et selon une approche globale et ouverte.
- 2) Le test n'impose pas une interprétation restrictive des exceptions et limitations. Ces dernières doivent être interprétées conformément à leurs objectifs et justifications/raison d'être.

3) La circonscription des exceptions et des limitations aux droits exclusifs à certains cas spéciaux par le test des trois étapes n'interdit pas :

a) aux législateurs d'introduire des limitations et exceptions de type « ouvert », tant que leur portée est raisonnablement prévisible, ou

b) aux juges de

- faire une application *mutatis mutandi* des limitations et exceptions légales à des espèces similaires à celles prévues par la loi,
- créer de nouvelles limitations et exceptions, lorsque leur système juridique le leur permet.

4) Les limitations et exceptions ne contreviennent pas à l'exploitation normale des objets protégés lorsqu'elles

- reposent sur d'importantes considérations de valeur égale à celles qui sous-tendent la protection,
- ont pour effet d'empêcher des restrictions injustifiées à la libre concurrence, notamment sur les marchés secondaires, particulièrement lorsqu'une rémunération équitable est garantie, que ce soit par voie contractuelle ou par une autre voie.

5) L'application du test des trois étapes doit tenir compte tout autant des intérêts des détenteurs originaires de droits que de ceux de leurs cessionnaires.

6) Le test des trois étapes devrait être interprété de telle manière qu'il respecte les intérêts légitimes des tiers, à savoir

- les intérêts découlant des droits de l'Homme et des libertés fondamentales,
- les intérêts découlant d'un principe de libre concurrence, notamment sur les marchés secondaires, et

- les autres intérêts de la collectivité, comme notamment le progrès scientifique et le développement culturel, social et économique.

Initiateurs et coordinateurs de la Déclaration : C. Geiger, Maître de conférences, Directeur général et directeur du Laboratoire de recherche, Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle (CEIPI), Université de Strasbourg, Chercheur à l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et le droit fiscal, Munich ; R. M. Hilty, Directeur de l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et le droit fiscal, Munich, Professeur aux Universités de Zurich et Munich ; J. Griffiths, Senior Lecturer, Faculté de droit de l'Université Queen Mary de Londres ; U. Suthersanen, Professeur, Faculté de droit de l'Université Queen Mary de Londres.

Groupe d'experts ayant participé aux travaux aboutissant à la Déclaration, et premiers signataires : V.-L. Benabou, Professeur à l'Université Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, Directrice du Laboratoire Dante ; L. Bently, Professeur et Directeur, Centre for Intellectual Property & Information Law, Faculté de droit de l'Université de Cambridge ; T. Dreier, Professeur à l'Université de Karlsruhe et Directeur, Institut für Informationsrecht, Karlsruhe ; S. Dusollier, Professeur et Responsable du département Droits Intellectuels au Centre de recherche informatique et droit, Université de Namur ; G. Ghidini, Professeur à l'Université de Milan et Directeur, Osservatorio di proprietà intellettuale, concorrenza e comunicazioni, Université Luiss Guido Carli, Rome ; H. Große Ruse-Khan, Docteur en droit, Chercheur à l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et le droit fiscal, Munich ; B. Hugenholtz, Professeur et Directeur, Institute for Information Law, Université d'Amsterdam ; D. Kallinikou, Professeur associé à l'Université d'Athènes ; K. Koelman, Docteur en droit et Avocat, Amsterdam ; A. Kur, Professeur à l'Université de Stockholm, Chercheur à l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et le droit fiscal, Munich ; M. Makeen, Lecturer à la Faculté de droit et à la School of Oriental and African Studies, Université de Londres ; V. Mizaras, Professeur associé et responsable du département Civil Law and Civil Procedure, Faculté de droit, Université de Vilnius ; H. MacQueen, Professeur et co-directeur, AHRC Research Centre for Studies in Intellectual Property and Technology Law, Université d'Edimbourg ; G. Okutan Nilsson, Professeur assistant, Intellectual Property Law Research Centre, Université Bilgi d'Istanbul ; A. Peukert, Professeur assistant, Chercheur à l'Insti-

tut Max Planck pour la propriété intellectuelle, Munich ; J. Reichman, Professeur à la Duke University School of Law, États-Unis ; J. Rosen, Professeur à l'Université de Stockholm ; J. Schovsbo, Professeur à l'Université de Copenhague ; M. Senftleben, Professeur de propriété intellectuelle à l'Université VU d'Amsterdam ; F. Siiriainen, Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis ; P. L.C. Torremans, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Nottingham ; E. Traple, Professeur à l'Université de Cracovie ; M. Vivant, Professeur à l'Institut d'études politiques (« Science Po »), Paris ; R. Weber, Professeur à l'Université de Zurich ; G. Westkamp, Senior Lecturer à la Faculté de droit, Université Queen Mary de Londres ; R. Xalabarder, Professeur à l'Université de Catalogne, Barcelone.

Assistance sur le projet : B. Bajon, Doctorant et boursier à l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle, Munich.