

DOCTRINE ET OPINIONS

**LE RÔLE DU TEST DES TROIS ÉTAPES DANS L'ADAPTATION DU DROIT
D'AUTEUR À LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION¹**

Christophe Geiger^{*}

Malgré ce que l'on a pu dire ou écrire, les nouvelles technologies de l'information ont profondément bouleversé le droit d'auteur, rendant urgente une adaptation d'un droit conçu à une époque où les techniques actuelles de communication n'existaient encore que dans les romans de science fiction. Une modification a été rendue d'autant plus nécessaire que cette évolution technologique a été accompagnée d'une pénétration de ces nouveaux instruments dans le corps social². En effet, la place que ceux-ci occupent dans le quotidien du citoyen n'a cessé de grandir, celui-ci s'en servant désormais pour se divertir, mais également pour s'informer, voire se former (la question de l'enseignement à distance prenant notamment une toute autre dimension avec les possibilités offertes par les réseaux). Par conséquent, ce citoyen se sent de plus en plus directement concerné par les questions de régulation de ces technologies, donc également par le droit d'auteur qui en fait partie, et entend désormais faire valoir son point de vue.

Ces mutations « sociétales » ont été concomitantes d'un changement profond des données économiques. En effet, l'économie de l'immatériel est certainement le secteur d'activité qui a connu le développement le plus important de ces dernières années³. Certains éminents spécialistes n'hésitent d'ailleurs pas à prédire que le 21^{ème} siècle viendra consacrer la suprématie de la communication et de l'information sur les branches économiques plus traditionnelles⁴, et le rôle de ce qu'on appelle fréquemment les « industries culturelles »

¹ Les opinions exprimées dans la présente étude sont celles de l'auteur. Elles ne reflètent ni n'engagent en rien la position de l'UNESCO ou celle de ses Etats membres.

^{*} Docteur en droit, Chef du département France et Pays d'Afrique francophones de l'institut Max Planck pour le droit de la propriété intellectuelle ; Chargé d'enseignement à l'Université Ludwig-Maximilian de Munich.

² V. notamment sur le sujet A. Mattelard, *La communication-monde*, Paris, Éditions la découverte, 1992.

³ Sur la progressive mutation d'une économie industrielle en une économie de l'immatériel et sur les implications de ce changement, v. le très intéressant ouvrage de D. Cohen, *Trois leçons sur la société post-industrielle*, Paris, Seuil, 2006.

⁴ V. notamment D. Foray, *L'économie de la connaissance*, Paris, La découverte, 2000. V. clairement dans cet esprit également l'article du directeur général de l'UNESCO K. Matsuura, Le partage du savoir est un

comme facteur de développement et de compétitivité dans un monde globalisé est régulièrement mis en avant. Et les auteurs dans tout cela ? Ils font malheureusement encore souvent office de « laissés pour compte ». Dans les débats sur l'avenir du droit « d'auteur », les auteurs ne font en effet que très peu entendre leur voix, du moins comparé aux autres groupements d'intérêts, ce qui est peut être le signe d'un désintérêt préoccupant pour les questions dont ils sont en principe les premiers concernés. Alors que les premières lois sur le droit d'auteur et les premières conventions internationales ont été fortement influencées par la mobilisation de certains écrivains célèbres, on ne trouve plus aujourd'hui de grands auteurs qui s'engagent pour des questions de droit d'auteur...

Quoi qu'il en soit, la « révolution numérique » a rendu nécessaire de réévaluer et d'adapter les équilibres qui sous-tendent la matière, afin que puisse être préservée une juste balance des différents intérêts concernés. À cette fin, de nombreuses initiatives ont été prises. Au niveau international tout d'abord, la première étape a été de renforcer les prérogatives des titulaires de droit, d'adapter les droits patrimoniaux à l'environnement numérique et d'assurer une protection juridique aux mesures techniques de protection des œuvres⁵. En effet, face à la difficulté de faire respecter le droit d'auteur sur les réseaux, les titulaires de droit placèrent de grands espoirs dans les mesures techniques, à tel point que certains auteurs ont même été jusqu'à annoncer le remplacement de la protection du droit d'auteur par la protection de la technique⁶.

Par contre, en ce qui concerne le volet sensible des « limitations et exceptions »⁷, la question a été différée. En effet, d'une part les traités OMPI de 1996 n'ont pas réglé la question de l'interface entre les mesures techniques et les limites au droit d'auteur, ne tenant pas compte du fait que la technique est « aveugle » et ne peut donc respecter les équilibres mis en place par la loi, avec dès lors le potentiel d'empêcher des utilisations parfaitement légales⁸. D'autre part, pour ce qui est de l'adaptation du système des exceptions, le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur se contente d'indiquer dans son article 10, de façon imprécise, que « les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». Il s'agit là de ce qui est fréquemment appelé le « test des trois étapes ». Cependant, afin d'éviter que les États ne

multiplicateur de croissance : *Le Figaro*, 27 septembre 2006, dans lequel celui-ci estime que « le potentiel de développement d'une société dépendra moins à l'avenir de ses richesses naturelles que de sa capacité à créer, diffuser et utiliser des connaissances ».

⁵ V. les traités OMPI du 20 décembre 1996 : Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), adoptés à Genève le 20 décembre 1996.

⁶ T. Vinje, *Should We Begin Digging Copyright's Grave ?*: *EIPR* 2000, p. 555; L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New-York, Basic books, 1999; P.B. Hugenholz, *Code as Code, Or the End of Intellectual Property as We Know It: Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1999, Vol. 6, n° 3, p. 308.

⁷ Les traités OMPI, l'accord sur les ADPIC et la directive du 22 mai 2001 utilisent systématiquement les deux termes. À notre avis, le terme « limitations » nous semble cependant mieux approprié que celui d'« exceptions » pour décrire la nature juridique des utilisations permises par la loi. En effet, les limites au droit exclusif ne constituent pas des exceptions à une règle, mais doivent être considérées comme des techniques par lesquelles la loi délimite le monopole. Le terme « exception » étant cependant plus couramment utilisé, nous continuerons à l'employer par la suite, étant précisé que le terme sera dans ce contexte utilisé à des fins descriptives et non pas pour sa signification notionnelle (V. sur la question C. Geiger, *De la nature juridique des limites au droit d'auteur* : *Propriété intellectuelle* 2004, n° 13, p. 887).

⁸ Sur la problématique, v. l'excellent ouvrage de S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 152. V. également C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Paris, Litec, 2004, n° 229.

voient leur marge de manœuvre réduite quant à l'adoption de nouvelles exceptions dans l'environnement numérique⁹, l'adoption du test des trois étapes fut accompagnée d'une déclaration commune, précisant expressément que « les dispositions de l'article 10 permettent aux Parties Contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement numérique ». Les signataires ont donc clairement voulu éviter de donner au test des trois étapes une importance trop grande et une portée trop contraignante, se réservant par le flou du texte la possibilité de différer le règlement de l'épineuse question des exceptions dans l'environnement numérique à une date ultérieure.

La référence au test des trois étapes dans des traités internationaux n'était d'ailleurs pas nouvelle. Il faut en effet rappeler que le test des trois étapes est apparu pour la première fois en 1967 lors de la conférence de Stockholm qui avait pour objectif la révision de la Convention de Berne, dont le but était principalement de consacrer au niveau international le droit de reproduction, absent auparavant de cette convention alors qu'il jouait un rôle majeur dans de nombreux droits nationaux¹⁰ (article 9.1). Mais comme de nombreux pays connaissaient déjà un certain nombre d'exceptions au droit de reproduction dans leurs droits nationaux et qu'ils ne désiraient pas modifier leur loi, un deuxième alinéa a été ajouté à l'article 9, contenant un critère assez vague et général permettant aux pays membres de prévoir des exceptions au droit nouvellement consacré. Il s'agissait donc d'une formule de compromis, suffisamment large pour pouvoir couvrir toutes les exceptions contenues dans les législations des pays signataires, que ce soit sous forme de liste énumérative ou sous forme de clause générale de type *fair use* ou d'exception de *fair dealing*¹¹

C'est d'ailleurs justement sa formule large et peu contraignante qui fit le succès du test lors de la négociation des accords postérieurs sur la propriété intellectuelle, puisqu'elle permettait de régler la question extrêmement sensible des exceptions aux droits exclusifs par référence à un article de portée générale dans lequel pouvaient se reconnaître aussi bien les pays de tradition continentale que les pays de *common law*. Ainsi, le test fut repris au sein de l'accord sur les ADPIC¹² en 1994 et étendu à l'ensemble des droits patrimoniaux (article 13). Du fait du caractère consensuel de cet instrument juridique, différents types de « test en trois étapes » (en effet, leur formulation diffère parfois quelque peu), furent d'ailleurs également consacrés sans grands débats dans cet accord pour le domaine des marques (art. 17), des dessins et modèles (art. 26(2) et des brevets (art. 30). Changement discret, mais à notre avis pas insignifiant, la troisième étape du test, version ADPIC, vise la protection des intérêts légitimes du « détenteur de droit », et non pas de l'auteur comme dans la Convention de Berne, signe d'un glissement

⁹ V. en ce sens M. Senftleben, in: T. Dreier/ P.B. Hugenholtz (éd.), *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 2006, WCT, art. 10, n° 6.

¹⁰ Pour un historique détaillé v. M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, La Haye, Kluwer, 2004, p. 43-98.

¹¹ V. en ce sens S. Ricketson, *International Conventions and Treaties*, in : L. Baulch, M. Green et M. Wyburn (éd.), *Journées d'Étude de l'ALAI - Les Frontières du Droit d'Auteur : Ses limites et Exceptions*, Actes du congrès de l'ALAI 1998, Sydney, Australian Copyright Council, 1999, p. 10 *seq.*

¹² Accord sur l'OMC de 1994 sur les ADPIC (Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et incluant le GATT de 1994), annexe 1(C), signé à Marrakech le 15 avril 1994.

progressif d'une protection de l'auteur vers une protection de l'exploitant, exploitant déjà visé indirectement par le deuxième critère de la non-atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

En raison du caractère consensuel de cet instrument juridique, il n'est pas surprenant que 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'information¹³ (ci-après « la directive »), visant à transposer les traités OMPI en droit communautaire, ait repris le test des trois étapes dans son article 5.5, en modifiant légèrement le libellé¹⁴. Certains législateurs nationaux y ont vu une invitation à transposer le triple test en droit interne et l'ont intégré dans leur législation lors de la transposition de la directive¹⁵. La Chine en avait fait de même lors d'une récente réforme de sa législation¹⁶. Ces subtils glissements dans la rédaction du test et son intégration dans l'ordre juridique communautaire ont cependant profondément modifié sa portée, puisqu'il semblerait désormais que le juge national ait la possibilité, voire même l'obligation d'utiliser le test lors de la mise en œuvre des exceptions dans un litige¹⁷. Nous reviendrons là-dessus. On peut cependant dès à présent noter que dans ce cas de figure, cela ne serait plus uniquement le législateur qui verrait sa liberté d'adapter le dispositif des exceptions « encadrée » par la règle au contenu imprécis du test des trois étapes, mais également le juge, qui pourrait de la sorte voir sa marge de manœuvre considérablement rétrécie.

Il est possible dès lors de s'interroger de manière quelque peu provocante : existe-t-il encore au niveau national une certaine liberté concernant l'adaptation nécessaire du système des limites au droit d'auteur, ou le dispositif est-il désormais condamné à un préoccupant *statu quo* ? L'objet de cet article est d'analyser quelle est la marge de manœuvre que laisse le test des trois étapes au législateur et au juge. Dans cet esprit, nous examinerons successivement si le test des trois étapes peut constituer un frein à une adaptation législative (I), puis judiciaire (II) du droit d'auteur à l'environnement numérique.

I. Le test des trois étapes, frein à une adaptation législative du droit d'auteur à la société de l'information ?

La question peut paraître surprenante si l'on se remémore l'historique de l'adoption de la règle du test des trois étapes au cours du processus d'élaboration des différents traités. Nous avons vu en effet que les Etats signataires n'ont pas entendu lui accorder une portée très large afin de ne pas trop restreindre leur liberté quant à l'adoption de nouvelles exceptions à l'avenir. D'ailleurs, signe d'une certaine indifférence vis-à-vis de cet instrument juridique, le test des trois étapes ne suscita tout d'abord guère l'attention de la doctrine et resta longtemps très peu étudié. Les choses vont néanmoins changer lorsque le Groupe spécial de l'OMC va condamner les États-Unis pour avoir adopté une loi violant l'article 13 ADPIC, signifiant ainsi au reste du monde que le test des trois étapes était à prendre très au sérieux et que les États n'étaient dès lors pas libres de faire ce qu'ils veulent dans le domaine des exceptions.

¹³ JOCE 22 juin 2001, L-167, p. 10.

¹⁴ Là-dessus v. ci-après.

¹⁵ V. ci-après.

¹⁶ Article 21 de la loi du 14 août 2002: « Unauthorized use of published works permitted by the relative provisions in the Copyright Act, shall not conflict normal exploitation of the work, and unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder ». Il s'agit donc plutôt d'un « double test » puisque le test chinois ne contient pas la première étape.

¹⁷ Pour de plus ample développements sur la question, v. C. Geiger, From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test (à paraître dans la revue EIPR 2007). Certains passages de la présente contribution sont empruntés à cet article.

1. La liberté du législateur réduite par le triple test

Dans une décision du 25 juin 2000¹⁸, le groupe spécial de l'OMC, saisi par l'Union européenne, va en effet estimer qu'une exception adoptée par le législateur américain, qui exonérait de tout paiement de redevances, au titre du droit d'auteur, des établissements commerciaux diffusant de la musique tels que certains bars ou restaurants¹⁹, contrevenait au test des trois étapes de l'accord sur les ADPIC²⁰. Le Groupe spécial va pour la première fois donner une définition des différentes conditions posées par le test, dont le contenu était jusque là resté très flou. La doctrine va ensuite proposer d'autres interprétations, en raison des nombreuses zones d'ombres qui subsistent quant à la portée exacte des différentes étapes du test. Il ne s'agit pas ici de revenir en détail sur la décision du Groupe spécial, déjà maintes fois analysée, ni de présenter une étude approfondie du contenu du test des trois étapes, préférant renvoyer aux brillants travaux qui existent déjà sur la question²¹. Nous tenterons ici uniquement d'exposer de quelle manière la liberté du législateur national pourrait se trouver restreinte.

Passons rapidement sur la première étape du test, à savoir l'exigence de « certains cas spéciaux ». Selon le Groupe spécial, la condition implique tout d'abord qu'une « exception ou limitation prévue dans la législation nationale doit être clairement définie » (ce qui correspond à l'exigence d'un « certain » cas) et ensuite qu'elle a « une application ou une fin particulière ou limitée » (ce qui correspond à l'exigence d'un cas « spécial »). Tandis que le Groupe spécial adopte une approche quantitative du critère, exigeant une restriction quantitative des utilisations permises²², d'autres commentateurs ont proposé une appréciation qualitative, prenant en compte la justification de l'exception et l'intérêt public qui la sous-tend²³. Il ne s'agit pas de trancher le débat, même s'il nous paraît évident que la fonction de l'exception

¹⁸ Rapp. Groupe spécial du 15 juin 2000, Etats-Unis- Article 110 (5) de la loi américaine sur le droit d'auteur, WT/DS160/R.

¹⁹ 17 U.S.C. § 100 (5), tel que modifié par une loi de 1998 (*Fairness in Music Licensing Act*).

²⁰ À propos de cette décision v. notamment Y. Gaubiac, Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir ? : *Comm. com. électr.* juin 2001, p. 12 (v. également du même auteur : *Propri. intell.* 2002, n° 2, p. 17); J. C. Ginsburg, Vers un droit d'auteur supranational? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur : *RIDA* 2001, n° 187, p. 2 ; A. Lucas, Le « triple test » de l'article 13 de l'accord sur les ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC « Etats-Unis -Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur », in: P. Ganea, C. Heath, G. Schricker (éd.), *Urheberrecht, Gestern- Heute- Morgen, Mélanges A. Dietz*, Munich, Beck, 2001, p. 423 ; B. C. Goldmann, Victory for Songwriters in WTO Music-Royalties Dispute Between US and EU- Background of the Conflict Over the Extension of Copyright Homestyle Exemption : *IIC* 2001, p. 412 ; M. Ficsor, Combien de quoi? Les 'trois conditions cumulatives' et leur application dans deux affaires récentes de règlement de différends dans le cadre de l'OMC : *RIDA* 2002, n° 192, p. 111 ; D. J. Brennan, The Three-Step Test Frenzy-Why the TRIPS Panel Decision might be considered Per Incuriam: *IPQ* 2002, n° 2, p. 212 ; P. B. Hugenholtz, De wettelijke beperkingen beperkt. De WTO geeft de driestappentoeets tanden: *AMI* 2000, p. 10; J. Oliver, Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test: *Columbia Journal of Law & the Arts* 2002, Vol. 25, n° 2/3, p. 119 ; M. Clément-Fontaine, in : *Les grands arrêts des la propriété intellectuelle* (ss. la dir. de M. Vivant), Paris, Dalloz, 2004, p. 169. V. également plus récemment M. Senftleben, Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law: *IIC* 2006, n° 4, p. 407.

²¹ V. notamment l'excellent ouvrage de M. Senftleben (*préc.* note 10), ainsi que du même auteur : Grundprobleme des Dreistufentests : *GRUR Int.* 2004, p. 200.

²² § 6.108 et s. du rapport du Groupe spécial.

²³ V. notamment M. Senftleben (*préc.* Note 10), p. 138 *seq.* ; M. Ficsor (*préc.* note 20), p. 132 ; S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, Kluwer, 1987, p. 482, selon lequel le terme 'spécial' signifie que « l'exception doit être justifiée par une raison claire de politique générale publique ou une autre circonstance exceptionnelle ».

devrait toujours être prise en compte, puisque celle-ci peut trouver sa source dans les textes relatifs aux droits fondamentaux, auxquels les États signataires sont également liés²⁴. Nous nous contenterons de relever que le premier critère exige que l'exception permette de déterminer en général quels sont les usages couverts par le texte. Comme le souligne un auteur, « une disposition trop vague qui ne permet d'anticiper quel peut être son champ d'application ne serait pas admissible »²⁵. Dans les pays de traditions continentales, dont la législation contient une liste limitative d'exceptions, la question ne se pose pas vraiment. Les cas énumérés permettent en général de prévoir, dans une certaine mesure, le champ de l'exception et la condition pourrait être remplie sans trop grande difficulté. Dans les pays de tradition de *common law* par contre, connaissant un régime dit « ouvert » d'exceptions en raison d'une clause de type *fair use* ou *fair dealing*, la condition pourrait poser problème.

Dans cet esprit, un certain nombre d'auteurs se sont demandé si l'exception de *fair use* était bien compatible avec l'exigence d'un cas spécial, certains répondant même (souvent avec de sérieux arguments) par la négative²⁶. À notre avis, l'historique du test des trois étapes permet cependant de rejeter cette analyse. Il ne faut pas oublier que la formulation définitive du test retenue lors de la conférence de Stockholm a d'ailleurs été proposée par le Royaume-Uni qui connaît une exception de *fair dealing*. De même, les États-Unis n'ont pas eu à modifier leur législation lors de leur adhésion à la Convention de Berne en 1989. La thèse selon laquelle l'exception de *fair use* violerait la première étape du test nous paraît dès lors démentie par le contexte diplomatique de l'adoption de cet instrument juridique²⁷, que l'on peut d'ailleurs retrouver aux articles 1705(5) et 1706(3) de l'accord de libre échange nord-américain (ALENA) de 1994. De même, il ne faut pas oublier que les États-Unis ont été les principaux promoteurs de l'accord sur les ADPIC. Il est peu probable qu'ils aient entendu adopter (à plusieurs reprises, puisque la solution a été reprise ensuite en 1996 dans les traités OMPI²⁸) une disposition qui aurait été radicalement contraire à leur tradition juridique. Cependant, force est d'admettre que la question n'est à ce jour pas complètement résolue. Si à l'avenir, un pays européen ayant une liste limitative d'exceptions décidait d'introduire plus de flexibilité dans son système pour assurer une meilleure adaptabilité à des changements techniques et sociaux, risquerait-il de se voir reprocher une violation de ses engagements internationaux ?

Cependant, la condition qui semble poser véritablement problème, car ayant le potentiel de restreindre considérablement la liberté d'un législateur national, est celle de la non-atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Que faut-il en effet entendre par « exploitation normale » ? Force est d'admettre que ni les différents traités, ni la directive ne donnent un éclairage sur ce point et que l'interprétation de la notion est loin d'être claire. À cet endroit, il est fréquemment fait référence au rapport du Groupe spécial de l'OMC dans lequel celui-ci a

²⁴ Pour une réflexion en ce sens v. de manière plus générale C. Geiger, « Constitutionalising » Intellectual Property Law ? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union: *IIC* 2006, p. 371.

²⁵ S. Dusollier, L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes : *I.R.D.I.* 2005, p. 218.

²⁶ V. à titre d'exemple H. Cohen-Jehoram, Restrictions on Copyright and Their Abuse : *EIPR* 2005, p. 359.

²⁷ V. en ce sens M. Senftleben (*préc.* note 10), p. 163 et 168, ainsi que du même auteur: Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: R.M.Hilty/A.Peukert (éd.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p. 177. V. sur la question également l'intervention de J. Griffiths, "The 'Three-Step Test' – its Relationship with the Common Law concepts of 'Fairness' and 'Public Interest'", lors du workshop sur le thème: "Rethinking the Three-Step Test", organisé conjointement par l'Institut Max Planck pour le droit de la propriété intellectuelle et l'université Queen Mary de Londres, Paris, ULIP, 16 février 2007.

²⁸ V. les Comptes rendus analytiques de la Commission principale I de la négociation du Traité OMPI (CRNR/DC/102, n° 488), dont il découle très clairement que l'exception générale du « fair use », pourtant très large dans son application, n'a pas entendu être prohibée.

estimé que le critère de l'exploitation normale implique de considérer les formes d'exploitation qui génèrent actuellement un revenu pour l'auteur ainsi que celles qui, en toute probabilité, sont susceptibles de revêtir une importance à l'avenir²⁹. Cette interprétation comporte un certain nombre de virtualités dangereuses. D'une part, elle pourrait imposer un *statu quo* et empêcher toute extension des exceptions à des situations nouvelles non prévues par la lettre, mais qui pourrait s'imposer en raison de l'esprit du texte. D'autre part, la référence faite aux exploitations futures risque de paralyser les exceptions à chaque fois qu'une évolution technique viendra permettre de contrôler certaines utilisations non contrôlables auparavant, et donc créer des nouvelles possibilités d'exploitation³⁰. Dans le contexte d'un contrôle du titulaire de droit des utilisations de ses œuvres par le biais des mesures techniques, ceci pourrait même à terme signifier la disparition des limites dans l'environnement numérique³¹.

Il n'est de toute manière pas du tout certain que cette interprétation puisse être reprise dans le contexte de la Convention de Berne, des traités OMPI de 1996 et de l'article 5.5 de la directive. En effet, l'interprétation du Groupe spécial concernait l'article 13 de l'accord sur les ADPIC, qui reprend le test des trois étapes dans le contexte d'un accord qui répond à une logique avant tout économique. La dimension socio-culturelle du droit d'auteur, très présente en Europe, devrait conduire, au moins dans le contexte de la directive, à une approche plus normative de la deuxième étape, prenant notamment en compte les objectifs de politique culturelle fixés par les États membres³². Car dans le cas contraire, cela reviendrait à ne laisser quasiment aucune marge de manœuvre aux législateurs nationaux quant à la mise en place de nouvelles limites à l'avenir, notamment afin d'adapter le dispositif à une nouvelle évolution technique ou sociale³³. Le Groupe spécial de l'OMC a d'ailleurs expressément admis cette approche normative dans le cadre de l'interprétation de l'article 30 de l'accord sur les ADPIC, qui prévoit également un test des trois étapes pour les limitations au droit de brevet³⁴. Selon ce rapport, auquel il est rarement fait référence dans le débat sur la compréhension des différentes étapes du test, une exploitation doit notamment être considérée comme normale lorsqu'elle est « essentielle pour réaliser les objectifs d'une politique de brevet »³⁵. La formule reste, il est vrai, assez floue mais elle semble bien impliquer la possibilité pour le

²⁹ Rapp. Groupe spécial du 15 juin 2000 (*préc.* note 18), § 6.180.

³⁰ En ce sens également M. Buydens et S. Dusollier, Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses : *Comm. com. électr.* sept. 2001, p. 13 ; J. C. Ginsburg (*préc.* note 20), p. 48, qui souligne le risque que « les utilisations traditionnellement libres, telles que celles à des fins de formation ou de parodie, soient considérées comme étant des exploitations normales, à supposer que les détenteurs de droits réussissent à mettre en place un système de perception rentable ».

³¹ V. également en ce sens M. Buydens et S. Dusollier (*préc.* note 30), p. 12. Pour de plus amples développements, v. C. Geiger (*préc.* note 8), n° 418 et s.

³² Pour une approche normative de la deuxième étape v. également J. C. Ginsburg (*préc.* note 20), p. 23.

³³ Une telle lecture serait clairement incompatible avec l'esprit du test des trois étapes du traité OMPI de 1996 (article 10), tel qu'il est exprimé dans la Déclaration Commune que nous avons déjà évoquée.

³⁴ Art. 30 ADPIC : « Les membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers ». La rédaction de la deuxième étape est, il est vrai, quelque peu différente et laisse entendre que l'atteinte à l'exploitation normale peut être justifiée, ce qui permet une approche normative dès la deuxième étape. L'article 30 permet de cette manière une application plus souple du test.

³⁵ Rapport du Groupe spécial de l'OMC du 17 mars 2000 (WT/DS114/R), n° 7.58. Sur ce rapport v. le très intéressant article de M. Senfleben (*préc.* note 20). V. également l'intervention de cet auteur sur les différents rapports du Groupe Spécial de l'OMC lors du workshop sur le thème "Rethinking the Three-Step Test", organisé conjointement par l'Institut Max Planck pour le droit de la propriété intellectuelle et l'université Queen Mary de Londres, Paris, ULIP, 16 février 2007.

législateur de prendre en compte des éléments normatifs et donc de ne pas avoir à se restreindre à une approche strictement économique.

À notre avis, il convient d'aller plus loin et dès lors d'adopter, en plus d'une approche normative, une conception extrêmement restrictive de la notion d'exploitation normale de l'œuvre pour éviter que le législateur et le juge ne voient leur marge de manœuvre réduite à néant. De telles interprétations ont d'ailleurs été proposées. Selon Martin Senftleben, un conflit avec l'exploitation normale ne devrait surgir que si « l'auteur est privé d'un marché actuel ou potentiel d'une importance économique et pratique considérable »³⁶. La notion d'exploitation normale ne couvrirait donc, comme le souligne justement Séverine Dusollier, que « les avenues principales de l'exploitation de l'œuvre, soit celles qui rapportent à l'auteur ses sources majeures de revenus »³⁷. Ceci dit, le problème est que même en adoptant une approche restrictive et en intégrant une dimension normative, l'approche restera avant tout économique et l'angle de vue celui de l'exploitant.

De même, le paiement d'une rémunération équitable versée en contrepartie de l'utilisation dans le cas d'une licence légale, ne pourra pas être pris en compte à ce stade³⁸. C'est du moins ce qui semble découler assez clairement des travaux préparatoires ayant conduit à l'inclusion de l'article 9(2) dans la Convention de Berne³⁹, même si l'on peut relever que dans une décision du 25 février 1999⁴⁰, la Cour fédérale allemande a estimé que le paiement d'une rémunération équitable empêchait que soit causé un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur *et* porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, mélangeant la seconde et la troisième étape du test. Les juges de la Haute Cour allemande semblent donc considérer que le versement d'une rémunération équitable en contrepartie d'une utilisation exemptée devait être pris en compte également lors de l'examen de la seconde étape du test. Cette lecture très intéressante et pleine de bon sens ne fait cependant pas l'unanimité. Ceci n'est pas surprenant dans la mesure où le test des trois étapes peut être considéré comme un instrument de préservation du caractère exclusif du droit d'auteur. Cependant, comme il a été justement souligné par d'éminents auteurs, ces rémunérations prévues par une licence légale, souvent réparties à titre égal entre les auteurs et les exploitants⁴¹, peuvent dans certains cas être financièrement plus intéressantes que les rémunérations tirées par l'auteur de l'exploitation de son droit exclusif⁴². La Cour fédérale allemande l'a d'ailleurs expressément admis dans un arrêt très remarqué du 11 juillet 2002⁴³. Vu sous cet angle, il est donc possible d'estimer qu'une augmentation du nombre des exceptions - combinée avec l'obligation de verser une

³⁶ M. Senftleben (*préc.* note 10), p. 193.

³⁷ S. Dusollier (*préc.* note 25), p. 220. Cet auteur ajoute d'ailleurs que « raisonner autrement conduirait à ce que les exceptions perdent tout leur sens et disparaissent peu à peu ».

³⁸ Rémunération qui ne doit en principe être prise en compte que lors de l'examen de la troisième étape du test.

³⁹ V. M. Senftleben (*préc.* note 10), p. 130.

⁴⁰ BGH, 25 février 1999, JZ 1999, p. 1000, « service d'envoi de copies ».

⁴¹ À titre d'exemple, en France ceci est le cas pour la rémunération pour copie privée (art. L. 311-7 CPI), mais également en partie pour la rémunération résultant de la licence légale concernant le prêt public des œuvres (art. 133-4 1° CPI), mise en place par la loi du 18 juin 2003.

⁴² A. Dietz, Continuation of the Levy System for Private Copying also in the Digital Era in Germany : *A&M* 2003, p. 348; R.M. Hilty, La transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, Analyse critique et prospective ; *Propriété intellectuelle*, 2005, n° 15, p. 142 *seq.*, ainsi que du même auteur: *Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht*, in: A. Ohly, T. Bodewig, T. Dreier, H.-P. Götting, M. Haedicke, M. Lehmann (éd.), *Festschrift für G. Schrickler*, Munich, Beck, 2005, p. 325 *seq.*

⁴³ BGH, 11 juill. 2002, « Revues de presse électroniques », JZ 2003, p. 473, note T. Dreier.

rémunération équitable - servirait les intérêts de l'auteur⁴⁴. Si c'est vraiment l'auteur qui est au centre du dispositif, comme cela est incontestablement le cas dans le contexte de la convention de Berne et le traité OMPI, il nous semble que cet aspect des choses devrait être sérieusement pris en compte lors de l'interprétation de la seconde étape.

La question décisive est donc en définitive de savoir quelle est la perspective à prendre en compte. Est-ce que le test des trois étapes vise avant tout à protéger les intérêts des auteurs ? Ou bien ceux des titulaires de droits ? Ou, vise-t-il à trouver un juste équilibre des intérêts concernés ? En fonction de la réponse que l'on apporte à cette question, la lecture du test devra probablement se faire différemment. Il faut d'ailleurs noter que la troisième étape du test est formulée de manière différente dans les différents textes. En effet, tandis que dans la Convention de Berne et le traité OMPI, les exceptions et limitations ne doivent pas causer « un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur », l'accord sur les ADPIC et la directive visent les « intérêts légitimes du titulaire du droit ».

La question est loin de n'être que théorique. On sait que pour faire face au problème économique posé par les échanges de fichiers par le moyen de logiciels « peer-to-peer », un nombre important d'auteurs ont proposé de créer une licence non-volontaire permettant de légaliser ces pratiques moyennant le versement d'une rémunération⁴⁵. La solution a d'ailleurs sérieusement été envisagée en France lors des travaux parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi du 1^{er} août 2006⁴⁶. En effet, les députés français avaient même adopté un amendement en ce sens le 21 décembre 2005, dont il avait un peu trop vite été dit qu'il légalisait le « peer to peer »⁴⁷, et sur lequel ils sont cependant revenus par la suite. Or, de telles solutions semblent difficilement compatibles avec la seconde étape, même en adoptant une conception restrictive de la notion « d'exploitation normale »⁴⁸. Une telle solution empièterait en effet directement sur le marché principal de l'exploitation en ligne des œuvres

⁴⁴ V. en ce sens le très intéressant article de K. Gaita et A. F. Christie, Principle or Compromise ? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying : *IPQ* 2004, p. 426. V. également C. Geiger, Les exceptions au droit d'auteur en France (analyse critique et prospective), in : C. Geiger, M. Bouyssi-Ruch, R.M. Hilty (ss. la dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Paris, Litec, 2007 (à paraître).

⁴⁵ V. notamment N. W. Netanel, Impose a Noncommercial Use Levy to All Free Peer-to-peer File Sharing: *Harvard J. of Law & Technology* 2003, p. 19; W. W. Fischer, *Promises to keep, Technology, Law and the Future of Entertainment*, Stanford, Stanford University Press, 2004, p. 199-251; L. Lessig, *The Future of Ideas*, New York, Random House, 2001, p. 254 *seq.*

⁴⁶ V. à ce sujet C. Geiger, La loi du 1^{er} août 2006, une adaptation du droit d'auteur aux besoins de la société de l'information ? : *RLDI* 2007, n° 25, p. 67 (version anglaise à paraître dans *IIC* 2007, n° 4).

⁴⁷ Il ne réglait en fait que l'acte du « download » d'un fichier, dont il serait possible d'estimer qu'il est de toute manière couvert par l'exception de copie privée. Le texte de l'amendement voté le 21 décembre 2005 était en effet le suivant : « De même, l'auteur ne peut interdire les reproductions effectuées sur tout support à partir d'un service de communication en ligne par une personne physique pour son usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à l'exception des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde, à condition que ces reproductions fassent l'objet d'une rémunération telle que prévue à l'article L. 311-4 ». Pour l'acte de l' « upload », sur lequel les parlementaires ne se sont pas prononcés, n'avait cependant pas été prévu une licence légale, mais un système de gestion collective obligatoire, plus facilement compatible avec le test des trois étapes (v. là dessus *infra* I. 2.). V. sur ce point la très intéressante étude de C. Bernault et A. Lebois, *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique*, (ss. la dir. d' A. Lucas), Nantes, juin 2005 ; L. Thoumyre, La licence globale optionnelle : un pare-feu contre les bugs de la répression : *RLDI* 2006, n° 15, p. 80.

⁴⁸ V. en ce sens A. Peukert, International Copyright Law and Proposals for Non-Voluntary Licences regarding P2P File sharing in: F.W. Grosheide & J.J. Brinkhof (éd.), *Intellectual Property Law 2004*, Antwerpen/ Oxford, Intersentia, 2005, 439 *sq.*; P. Runge, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test: *GRUR Int.* 2007, p. 130.

et violerait donc le test des trois étapes⁴⁹. Mais le problème se pose en général pour tous les aménagements visant à étendre le champ des licences légales à l'avenir, lesquelles seront cantonnées dès lors à des cas exceptionnels. Or, la licence légale peut être, dans certains cas, une solution de compromis intéressante pour garantir un équilibre entre différents intérêts⁵⁰. L'auteur perd son droit d'interdire, mais pas son droit de toucher une juste rémunération. Cette rémunération peut être répartie de manière égale entre l'auteur et l'exploitant. De la sorte, la licence légale peut également permettre, à côté du droit contractuel d'auteur, de protéger l'auteur vis-à-vis de l'exploitant. Il serait donc inexact de présenter la licence légale comme un mécanisme favorisant uniquement les intérêts des utilisateurs. Force est cependant d'admettre que le test des trois étapes, et notamment la seconde étape du test, semble faire obstacle à de nouvelles solutions construites sur le modèle de la licence légale, en dehors des cas déjà prévus par les textes internationaux⁵¹. Ce qui nous conduit dès lors à explorer les pistes que laissent d'autres constructions théoriques ayant des effets similaires, notamment la gestion collective obligatoire.

2. Une solution : le recours à la gestion collective obligatoire ?

Il faut souligner d'emblée qu'aucun des traités précédemment évoqués ne règle expressément la question de la gestion collective obligatoire. Ils prévoient uniquement, comme nous l'avons vu, que toute restriction au droit exclusif doit être conforme au test des trois étapes. De plus, les conventions internationales fixent les conditions de mise en place de licences non-volontaires. Certaines dispositions ont en effet pour objectif de permettre aux pays membres de mettre en place certaines licences non-volontaires au profit de certains groupes d'utilisateurs, notamment des organismes de radiodiffusion. Ces conditions sont énoncées par l'article 11*bis* de la Convention de Berne, auquel renvoient l'accord sur les ADPIC (article 9(1) et le traité OMPI sur le droit d'auteur (article 1(4)). L'hypothèse est alors le remplacement du droit exclusif par un droit à rémunération équitable. On se situe donc à nouveau sur le terrain d'une restriction au droit exclusif, puisque l'utilisation est autorisée par la loi⁵².

⁴⁹ V. néanmoins le très intéressant article d'A. Peukert, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment : *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 2005, n° 28, p. 1 *seq.* Selon cet auteur, la solution pourrait être compatible avec le test des trois étapes, à condition que l'auteur bénéficie du choix de gérer individuellement l'exploitation de ses œuvres par le biais de mesures techniques et dans ce cas de ne pas participer aux bénéfices générés par la licence légale.

⁵⁰ Pour de plus amples développements en ce sens v. C. Geiger (*préc.* note 8), n° 366-380.

⁵¹ Voir ci-après.

⁵² V. cependant M. Ficsor, La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être « étendue » ou rendue obligatoire ? : *e-Bulletin du droit d'auteur*, octobre – décembre 2003, p. 4, selon lequel la gestion collective obligatoire serait également visée par ces dispositions, estimant que celle-ci constitue une restriction au droit exclusif. V. en ce sens également P. Sirinelli, Logiques de concurrence et droit d'auteur, Contribution lors du séminaire « Peer-to-Peer : droit d'auteur et droit de la concurrence », reproduit in : *RLDC* avr./juin 2007, n° 11, p. 185, qui estime, prenant appui sur un étude conduite par M. Ficsor pour l'OMPI (M. Ficsor, Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins, Rapport préparé par le Bureau international de l'OMPI : *Droit d'auteur* 1989, p. 327 *sq.*, spéc. n° 261 du rapport), qu'une gestion collective ne peut être imposée que dans les cas où il est possible d'instaurer des licences non volontaires. Une analyse de l'historique de l'article 11*bis* al. 2 de la Convention de Berne semble cependant indiquer que cet article ne vise que les restrictions apportées aux droits exclusifs *au profit des utilisateurs* (licence non volontaire). La gestion collective obligatoire ne concernant pas les rapports auteurs-utilisateurs, elle ne serait donc pas visée par cet article (v. en ce sens S. v. Lewinski, La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur : *e-Bulletin du droit d'auteur*, janv.-mars 2004, p. 5).

La question décisive qui se pose dès lors est de déterminer si la soumission du droit exclusif à la gestion collective obligatoire est incompatible avec le droit international, car constituant une restriction au droit exclusif, une limitation ou une exception au droit de l'auteur. Il ne convient pas ici de revenir sur les problèmes de terminologie, tant sont nombreuses en doctrine les différentes interprétations des termes « limitation » ou « exception »⁵³. Comme nous l'avons déjà signalé⁵⁴, l'accord ADPIC, les traités OMPI et la directive utilisent indifféremment ces deux termes. Une chose est cependant certaine : une limitation ou exception affecte l'existence du droit exclusif, car l'auteur perd le contrôle de l'utilisation en cause. L'utilisation est soustraite à son droit exclusif, peu importe qu'il touche ou non une rémunération.

Lorsqu'une rémunération est prévue, on se situe dans le cas souvent nommé « licence légale », même si cette terminologie peut prêter quelque peu à confusion. En effet, le terme « licence » semble impliquer que l'utilisation rentre dans le périmètre du droit, mais que l'autorisation est donnée non pas par l'auteur, mais par la loi. Ce n'est pourtant pas le cas, car l'utilisation est située hors du champ de l'exclusivité. Il serait plus juste à notre avis de parler d'une « exception avec rémunération », voire d'un « droit à rémunération ». Or, la gestion collective obligatoire ne vise pas l'existence du droit exclusif, qui reste intacte et n'est pas en cause. Elle entend uniquement régler la question de l'exercice des droits, des modalités de sa mise en œuvre : le droit exclusif ne peut être exercé que par l'intermédiaire de la société de gestion collective. C'est d'ailleurs clairement le contenu de la jurisprudence communautaire, qui précise bien que la gestion collective vise uniquement l'exercice des droits exclusifs et non son existence⁵⁵.

La société de gestion exerce ces droits exclusifs pour le compte de l'auteur, en raison la plupart du temps d'un mandat qui lui est attribué. L'auteur en adhérant à la société de gestion collective peut d'ailleurs (théoriquement) exercer une influence sur les modalités d'exercice de son droit, puisqu'en devenant membre, il pourra participer à la détermination des tarifs à appliquer aux licences. Parfois, il gardera même la faculté de désigner la société de son choix. D'ailleurs, les sociétés de gestion collective ne sont pas toujours tenues d'accorder une licence. En effet, s'il est vrai que dans certains pays, elles en ont l'obligation légale (comme notamment en Allemagne), ce n'est pas toujours le cas (notamment en Suisse et France). En l'absence d'une telle obligation de contracter, la société pourrait en principe refuser de donner son autorisation si les conditions étaient jugées insatisfaisantes⁵⁶, même s'il est vrai qu'en pratique cela sera rarement le cas (notamment pour ne pas enfreindre le droit de la concurrence). Il y a là une nuance théorique très importante avec les droits à rémunération (ou « licences légales »), qui sont la plupart du temps également perçus par les sociétés de gestion

⁵³ Sur la question v. C. Geiger (*préc.* note 7).

⁵⁴ *Supra* note 7

⁵⁵ Décision Commission européenne du 8 oct. 2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (Affaire COMP/C2/38.014 — *IFPI "Simulcast"*), *JOCE* L. 107 du 30 avr. 2003, p. 58, point n° 66. V. également plus récemment dans le cadre de la gestion collective obligatoire mise en place par l'art. 9 (2) de la directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, CJCE, 1^{er} juin 2006, *Uradex SCRL c/ Union Professionnelle de la Radio et de la Télé-distribution (RTD) et Sté Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutele)*, aff. C-169/05, où la Cour de justice rappelle que la directive a, dans un souci de sécurité juridique et de simplification des démarches, instauré une gestion collective obligatoire *du droit exclusif* de retransmission par câble. Pour un commentaire v. F. Pollaud-Dulian, *RTDcom.* juill./sept. 2006, p. 603.

⁵⁶ V. en ce sens F. Siirainen, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, Thèse, Nice, 1999, p. 441. Selon cet auteur, cela rapprocherait la gestion collective obligatoire beaucoup plus du droit exclusif que de la licence non-volontaire.

collective, puisque dans ce cas la société de gestion collective ne sert qu'à recouvrer un droit à rémunération (c'est-à-dire une créance), dont les conditions de répartition sont d'ailleurs souvent fixées par la loi. Dans le cas de la gestion collective obligatoire, c'est le droit exclusif qui est mis en œuvre, ce qui donne à la société de gestion une plus grande force de négociation.

La comparaison avec le droit français apporte également un indice supplémentaire. En effet, il existe en France deux cas de gestion collective obligatoire. La première hypothèse est celle de la gestion du droit de reproduction par reprographie (article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle (ci-après CPI)) et la seconde concerne la gestion des droits de retransmission par câble d'une œuvre télédiffusée (article L. 132-20-1 CPI pour le droit d'auteur ; article L. 217-2 CPI pour les artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes). Dans le premier cas, l'article L. 122-10 CPI pose le principe que la publication d'une œuvre emporte cession de ce droit à une société de gestion collective, agréée à cet effet. Or, la doctrine française est unanime pour estimer qu'il ne s'agit aucunement d'un cas de « licence légale », car ce sont uniquement les modalités de l'exercice du droit exclusif qui sont ici réglées⁵⁷. De plus, il faut souligner que certaines directives communautaires autorisent parfois, voire imposent, le recours à la gestion collective obligatoire. C'est notamment le cas de la directive du 27 septembre 1993 en ce qui concerne la retransmission par câble⁵⁸, mais également la directive du 19 novembre 1992 qui permet d'imposer une gestion collective du droit de location⁵⁹, tout comme la directive du 27 septembre 2001 le fait pour le droit de suite⁶⁰. La conformité de ces solutions avec le droit international n'a jamais été remise en cause.

En dernier lieu, bien que les traités ne contiennent pas de dispositions particulières concernant la gestion collective obligatoire, leurs préambules fixent parfois certains objectifs, pouvant servir à interpréter ces textes internationaux. Ainsi, le traité OMPI souligne « 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 ». Or, il peut exister dans certaines situations un intérêt public à prévoir des règles de gestion collective obligatoire. Mais il ne faut pas non plus oublier qu'un système de gestion collective protège également les intérêts des auteurs. En effet, l'exercice individuel des droits est en réalité souvent difficile,

⁵⁷ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., Paris, PUF, 2004, n° 195 ; A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris, Litec, 2006, p. 562, note 43 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005, n° 746 *seq.* et n° 1644.

⁵⁸ Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, *JOCE* L 248 du 6 oct. 1993, p. 15 ; article 9.1, intitulé « Exercice du droit de retransmission par câble » : « Les États membres veillent à ce que le droit des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins d'accorder ou de refuser l'autorisation à un câblo-distributeur pour la retransmission par câble d'une émission ne puisse être exercé que par une société de gestion collective ».

⁵⁹ Directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, *JOCE* L 346 du 27 nov. 1992, p. 61 ; article 4. 3 : « La gestion du droit d'obtenir une rémunération équitable peut être confiée à des sociétés de gestion collective représentant des auteurs ou des artistes interprètes ou exécutants » et article 4. 4 : « Les États membres peuvent réglementer la question de savoir si, et dans quelle mesure, la gestion par les sociétés de gestion collective du droit d'obtenir une rémunération équitable peut être imposée, ainsi que celle de savoir auprès de qui cette rémunération peut être réclamée ou perçue » (art. 5. 3 de la version codifiée du 12 décembre 2006, *JO* L 376 du 27 déc. 2006 p. 28).

⁶⁰ Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, *JOCE* L 272 du 13 oct. 2001, p. 32 ; article 6. 2 : « Les États membres peuvent prévoir la gestion collective obligatoire ou facultative du droit prévu à l'article 1^{er} ».

voire impossible pour l'auteur pour les utilisations de masse de ces œuvres⁶¹. De plus, la gestion collective est souvent beaucoup plus avantageuse pour l'auteur que lorsqu'il doit exercer individuellement ces droits, car une société de gestion collective a généralement une plus grande force de négociation. Les répartitions sont d'ailleurs généralement beaucoup plus favorables à l'auteur que lorsqu'il a cédé ses droits à un exploitant, surtout en l'absence d'un droit contractuel efficace protégeant l'auteur contre l'exploitant. Comme nous l'avons déjà relevé, cela a été expressément admis par la Cour fédérale allemande dans le cadre des droits à rémunération⁶², mais l'argument vaut *a fortiori* pour la gestion collective obligatoire. On peut donc estimer que cette solution est une mesure de protection de l'auteur contre la pression des exploitants, et donc une régulation en faveur de ses intérêts⁶³. Elle constitue dès lors une manière aussi efficace et uniforme que possible » de « développer et d'assurer la protection des droits des auteurs » (préambule du traité OMPI). Il faut en conclure que la gestion collective obligatoire constitue un moyen « de parvenir à un rééquilibrage satisfaisant entre les différents intérêts en présence et de garantir la diffusion des œuvres au sein du corps social, conformément à la fonction sociale du droit d'auteur⁶⁴.

On peut donc conclure que la gestion collective obligatoire ne vient pas limiter les droits exclusifs existants⁶⁵. Elle se présente juste comme une forme d'exercice du droit exclusif, forme qui n'est pas visée (et donc pas interdite) par le droit international. Le test des trois étapes n'y fait donc pas obstacle. Elle est de plus, de par le juste équilibre qu'elle propose, pleinement compatible avec les objectifs des conventions internationales et pourrait même constituer une solution juridique à développer à l'avenir, à condition évidemment de règlementer également strictement l'activité des sociétés de gestion collective pour éviter les abus dus à leur position de monopole.

Ceci dit, mis à part ce cas précis, force est de constater que le test des trois étapes restreint considérablement la liberté du législateur national pour adopter de nouvelles solutions afin d'adapter le dispositif des exceptions aux impératifs de la société de l'information. Mais le législateur pourrait ne pas être le seul destinataire du « triple test » et il semble que le juge

⁶¹ F. Siiriainen, Théorie générale de la gestion collective - Dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective : *Jurisclasseur PLA*, Fasc. 1552, janv. 2006, n° 17, selon lequel les droits gérés par voie de gestion collective obligatoire sont « des droits exclusifs à exercice collectif par nature », dans la mesure où ces droits seraient inexistantes à défaut d'une gestion collective ; F. Pollaud-Dulian (*préc. note 57*), n° 1155, qui évoque des « raisons d'efficacité » comme justification de la gestion collective obligatoire.

⁶² Arrêt du 11 juillet 2002 (*préc. note 43*).

⁶³ V. en ce sens également S. v. Lewinski, La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur (*préc. note 52*), p. 9.

⁶⁴ C. Geiger (*préc. note 8*), n° 383. V. également en ce sens F. Siiriainen (*préc. note 61*), n° 2 et 17 *seq.*, selon lequel la gestion collective obligatoire remplit une fonction de régulation : « Elle rend effective la protection tout en permettant aux utilisateurs d'accomplir leur tâche et au public d'accéder aux œuvres ». V. plus généralement D. Gervais, *The Changing Role of Copyright Collectives* in : D. Gervais (éd.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, La Haye, Kluwer, 2006, p. 18 *seq.*, cet auteur se prononçant d'ailleurs en faveur d'un système de gestion collective « étendue » de type scandinave pour garantir une juste balance entre les intérêts des auteurs et ceux du public.

⁶⁵ V. également en ce sens S. v. Lewinski, La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur (*préc. note 52*), p. 5 *seq.* ; K.J. Koelman, *The Levitation of Copyright : An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM* : *Ent.L.R.* 2005, p. 81, reproduit également in : F.W. Grosheide & J.J. Brinkhof (éd.), *Intellectual Property Law 2004*, Intersentia, Anvers/Oxford, 2005, p. 436 *seq.* ; C. Bernault et A. Lebois, *Peer to Peer et propriété littéraire et artistique*, (*préc. note 47*), n° 128, ces auteurs concluant (à juste titre selon nous) qu'il serait possible de soumettre l'upload (téléchargement ascendant) d'un fichier lors d'un échange d'œuvres par le biais du « peer-to-peer » à un régime de gestion collective obligatoire.

national puisse également utiliser cet instrument juridique pour contrôler, en cas de litige, si la mise en œuvre d'une exception est conforme aux conditions posées par le test. Il convient dès lors d'étudier à présent si le test des trois étapes peut être également un frein à une adaptation judiciaire des exceptions aux droits exclusifs.

II. Le test des trois étapes, frein à une adaptation judiciaire du droit d'auteur à la société de l'information ?

Dans le cas où le juge aurait à utiliser le test des trois étapes dans un litige, il serait lié dans son interprétation par les conditions posées par le test. Nous avons vu que le problème du test des trois étapes est que le critère de l'exploitation normale ne laisse pas beaucoup de marge de manœuvre pour la prise en compte de la justification des exceptions. Le danger est donc que l'interprétation du juge soit liée par des considérations avant tout économiques conduisant plus à une réduction du champ des exceptions qu'à une juste adaptation en fonction des évolutions sociales, techniques et culturelles. Certains exemples jurisprudentiels, en particulier une décision très commentée de la Cour de cassation française, peuvent faire craindre une telle évolution⁶⁶. Nous reviendrons tout d'abord sur l'application judiciaire du test des trois étapes (A), pour nous demander ensuite si le test, au lieu de constituer un frein à une adaptation judiciaire des exceptions, ne pourrait pas au contraire constituer un instrument efficace pour assurer la flexibilité du dispositif (B).

A. L'application judiciaire du test des trois étapes

Avant d'examiner les conséquences que pourrait avoir une application judiciaire du « triple test », il convient de revenir d'abord sur la question de savoir si le juge en est vraiment le destinataire, ou si celui-ci ne s'adresse qu'au législateur.

1. Le juge, destinataire du test des trois étapes ?

La question s'est surtout posée depuis que le test des trois étapes a été intégré dans l'ordre juridique communautaire, dans un libellé cependant légèrement différent que celui que l'on peut trouver dans les traités⁶⁷. En effet, l'article 5. 5 de la directive de 2001 vise directement l'*application* des exceptions, de même que le considérant 44 précise que « ces exceptions ne sauraient être *appliquées* d'une manière qui cause un préjudice aux intérêts légitimes du titulaire de droits ou qui porte atteinte à l'exploitation normale de son œuvre ou autre objet »⁶⁸. Celui qui applique les exceptions étant en principe le juge, s'est donc rapidement posée la question de la détermination du véritable destinataire du test des trois étapes inclus dans le texte communautaire : est-ce uniquement le législateur lorsqu'il incorpore une limite

⁶⁶ Sur cette décision v. *infra* (note 88).

⁶⁷ Sur la question v. notamment M. Buydens, La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information: le régime des exceptions, *A&M* 2002, p. 442; H. Cohen Jehoram (*préc.* note 26), p. 364; M. Buydens et S. Dusollier (*préc.* note 30), p. 12; S. Dusollier (*préc.* note 8), p. 440 ; P. Sirinelli, La transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information en France, État des lieux : *Propr. intell.* 2005, n° 15, p. 133 ; C. Geiger, (*préc.* note 8), n° 305. V. également T. Heide, The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive: *EIPR* 1999, p. 105.

⁶⁸ Il faut noter que le test avait déjà été prévu à deux reprises par de précédentes directives, mais dans le contexte particulier des programmes d'ordinateur et des bases de données (article 9.3 de la Directive [91/250/CEE](#) du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et article 6.3 de la Directive [96/9/CE](#) du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

dans son droit national ou bien est-ce également le juge lorsqu'il apprécie la mise en œuvre d'une limite dans un cas lui étant soumis ? La question a été intensément débattue en doctrine, et si les auteurs admettent majoritairement que le législateur communautaire a entendu soumettre l'interprétation et la transposition des exceptions par les États membres au contrôle de la CJCE⁶⁹, nombreux sont ceux qui refusent de voir dans le test un instrument à la disposition du juge national⁷⁰. Il est vrai que l'on ne trouve pas trace dans les travaux préparatoires d'explications claires en ce sens. On peut dès lors estimer que si le législateur communautaire avait voulu un tel changement quant à la portée du triple test, il aurait été plus explicite. Il ne convient pas de développer ici tous les arguments qui ont été avancés de part et d'autre. La réponse définitive sur la manière de lire le texte communautaire ne sera probablement pas connue tant que la Cour de Justice ne se sera pas prononcée sur la question. Force est tout de même de constater que le texte de la directive est loin d'être clair⁷¹. Il a d'ailleurs été compris très différemment par les États membres, certains pays comme l'Allemagne⁷², les Pays Bas⁷³, la Belgique⁷⁴ ou le Royaume-Uni⁷⁵ ayant refusé de transposer le test dans leur législation en estimant que seul le législateur était destinataire du test, tandis que d'autres comme la France⁷⁶, la Grèce⁷⁷, l'Italie⁷⁸, Le Luxembourg⁷⁹, le Portugal⁸⁰ ou

⁶⁹ V. notamment V.-L. Benabou, La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information: valse à trois temps avec l'acquis communautaire : *Comm. com. électr.* oct. 2001 p. 10; J. Reinbothe, EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft : *GRUR Int.* 2001, p. 740; S. v. Lewinski et J. Reinbothe, The WIPO Treaties 1996: Ready to Come into Force: *EIPR* 2002, p. 204.

⁷⁰ Sceptiques notamment K.J. Koelman, Fixing the Three- Step Test: *EIPR* 2006, p. 407 ; P. Gaudrat, *RTDcom.* avr./juin. 2006, p. 389; M. Vivant et G. Vercken, note sous CA Paris, 22 avr. 2005, *Légipresse* 2005, n° 227, p. 233 ; V.-L. Benabou note sous Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, *Légipresse* 2006, n° 231, p. 71.

⁷¹ V. en ce sens F. Gotzen, Le droit d'auteur en Europe : Quo Vadis? Quelques conclusions après la transposition de la directive d'harmonisation dans la société de l'information : *RIDA* 2007, n° 211, p. 24 *seq.* V. également l'étude conduite par l'IViR de l'Université d'Amsterdam, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, novembre 2006 (www.ivir.nl), p. 71: "It is fair to say that the question of the true addressee of the three-step test remains uncertain and thereby, that the role of the three-step test either as a guideline for legislative action or as a rule of interpretation also remains undecided". Pour cette raison, l'étude recommande au législateur européen de clarifier le rôle exact du test des trois étapes (p. 75).

⁷² V. les travaux préparatoires de la loi du 12 sept. 2003 (et notamment l'exposé des motifs du projet de loi du gouvernement du 6 novembre 2002 (BT-Drs. 15/38, p. 15).

⁷³ Sur cette question et sur les débats qui ont eu lieu aux Pays-Bas, v. P.B. Hugenholtz, La transposition aux Pays-Bas de la Directive 2001/29/CE : *RIDA* 2005, n° 206, p. 126.

⁷⁴ V. les travaux préparatoires de la loi du 22 mai 2005 (notamment le projet de loi, exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Rep., sess. 2003-2004, n° 51-1137/1, commentaire de l'art. 4).

⁷⁵ V. les travaux préparatoires de la loi du 3 octobre 2003 (notamment la "Consultation on UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society: Analysis of Responses and Government Conclusions, p. 6": "The test is a matter to be taken into account with regard to the framing of exceptions in national law, rather than for direct incorporation into law, as is also understood to be the view of the Commission"). V. également M. Hart et S. Holmes, "Implementation of the Copyright Directive in the United Kingdom: *EIPR* 2004, p. 255.

⁷⁶ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, publiée au *JO* du 3 août 2006 (v. à ce sujet C. Geiger, La transposition du test des trois étapes en droit français : *D.* 2006, p. 2164). La solution a été validée par le Conseil constitutionnel qui estime que la directive impose de subordonner l'exercice des exceptions au test des trois étapes, la France s'étant bornée selon lui à transposer « une disposition inconditionnelle et précise » sur laquelle « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer » (décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006). *JCP G* 2007, II, 10066, note M. Verpeaux). Pour un commentaire v. notamment V.-L. Benabou: *Propr. intell.* 2006, n° 20, p. 240.

⁷⁷ Art. 28 c de la loi grecque sur le droit d'auteur, introduit lors de la transposition de la directive par la loi 3057/2002, *JO A/* 239/ du 10 oct. 2002.

⁷⁸ Art. 71 nonies et art. 71 sexies al. 4 dans le cadre de l'exception de copie privée (introduit dans la loi italienne lors de la transposition de la directive par la loi du 9 avril 2003).

⁷⁹ Article 10 (2) de la loi luxembourgeoise sur le droit d'auteur, introduit par la loi du 18 avril 2004 lors de la transposition de la directive (*Mémorial A*, No. 61, 2004, p. 941). v. à ce propos J. Neuen, La transposition en

l'Espagne⁸¹ l'ont intégré dans leur loi nationale. Dans ce dernier cas, il semble difficile d'estimer que le test des trois étapes ne s'adresse pas au juge. De toute manière, il faut relever que depuis l'adoption de la directive, certains tribunaux se sont « emparés » du test et analysent l'application des limites à la lumière de celui-ci, et ce également dans les pays ayant choisi de ne pas le transposer⁸². Il est en effet possible d'estimer qu'une interprétation d'une exception « à la lumière » de la directive peut conduire le juge national à rechercher si l'application de cette limite est conforme au triple test de l'article 5.5⁸³. D'ailleurs, même dans certains pays qui n'ont pas choisi d'intégrer le test dans leur législation nationale, les travaux préparatoires révèlent parfois qu'ils ont estimé que le test pouvait être utilisé également par les juges. Ainsi, le législateur belge a-t-il décidé lors de la transposition de la directive de ne pas incorporer le test dans la loi sur le droit d'auteur, au motif « que le test des trois étapes, tel qu'il est repris dans l'article 5.5 de la directive est destiné avant tout au législateur », pour ajouter cependant : « ce qui n'empêche toutefois pas qu'il puisse servir de ligne directrice pour les cours et les tribunaux lors de l'application de la loi »⁸⁴. L'application judiciaire du test des trois étapes semble donc inévitable. Les juges n'ont d'ailleurs pas toujours attendu l'invitation communautaire pour utiliser le test des trois étapes, visant parfois directement l'article 9.2 de la Convention de Berne⁸⁵, même s'il ne fait aucun doute que ce texte ne s'adresse qu'au législateur national.

droit luxembourgeois de la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : *RIDA* 2004, n° 202, p. 153.

⁸⁰ Article 75(4) de la loi portugaise sur le droit d'auteur, introduit lors de la transposition de la directive par la loi n° 50/2004 du 24 août 2004 (*Diário da República*- I Série- A, No. 199, 24 de Agosto de 2004, p. 5658). V. L. F. Rebello, Transposition de la directive n° 2001/29/CE dans le droit portugais : *RIDA* 2005, n° 206, p. 153.

⁸¹ Art. 40 *bis* de la loi espagnole sur le droit d'auteur (introduit en droit espagnol dès 1998 lors de la transposition de la directive sur les bases de données du 11 mars 1996). En effet, au lieu de ne transposer le test que concernant les exceptions propres aux bases de données (art. 6.3 de la directive), le législateur a étendu la solution à toutes les exceptions au droit d'auteur.

⁸² Pour un exemple récent v. la décision du TGI Bruxelles du 13 février 2007, *Google v. Copiepresse, RLDI* 2007, n° 25, p. 24 (sur cette décision v. L. Costes, *RLDI* 2007, n° 24, p. 5 ; P. Van den Bulck, Copiepresse contre Google : les limites du « catching » : *RLDI* 2007, n° 26, p. 67 ; S. Dusollier, Le géant aux pieds d'argile : Google News et le droit d'auteur : *RLDI* 2007, n° 26, p. 70). V. également l'arrêt de la Cour fédérale allemande du 11 juill. 2002 (*préc.* note 43), selon laquelle l'extension de la limite permettant des revues de presse à des panoramas de presse sous format électronique à des fins internes à l'entreprise est compatible, sous certaines conditions, avec le test des trois étapes (l'arrêt est, il est vrai, antérieur à la loi de transposition allemande du 10 sept. 2003). Il est intéressant de noter qu'une récente décision néerlandaise dans un cas similaire arrive à la conclusion opposée (Tribunal de première instance de la Haye (Rb's-Gavenhage), 2 mars 2005, *Computerrecht* 2005, p. 143, note K. Koelman). Il est vrai que dans le cas néerlandais, les revues de presse étaient agrémentées en plus d'une fonction de recherche et d'archivage, ce qui implique un préjudice plus important pour les titulaires de droit. Cependant, force est de constater que l'interprétation du test par les divers juges nationaux diffère encore considérablement. Sur ces décisions v. l'intervention de S. Dusollier, « The Application of the Three-Step Test by National Courts », lors du workshop sur le thème : « Rethinking the Three-Step Test », organisé conjointement par l'Institut Max Planck pour le droit de la propriété intellectuelle et l'université Queen Mary de Londres, Paris, ULIP, 16 février 2007.

⁸³ V. également en ce sens le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel (*préc.* note 76) aux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, qui souligne que la directive appelle « une appréciation *in concreto* (par le juge en cas de litige) du respect du test en trois étapes dans chaque affaire particulière »).

⁸⁴ Projet de loi, exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Rep., sess. 2003-2004, n° 51-1137/1, commentaire de l'art. 4. V. également l'exposé des motifs du projet de loi allemand du 22 mars 2006, p. 42 (dite la « deuxième corbeille », car il s'agit de la deuxième loi de transposition de la directive), selon lequel le juge peut utiliser le test lors de la mise en œuvre des exceptions. V. en ce sens également S. Bechtold, in : T. Dreier et P.B. Hugenholtz (éd.), *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 382.

⁸⁵ V. à titre d'exemple la décision de la Cour fédérale allemande du 25 février 1999 (*préc.* note 40). V. également la décision de la Cour de cassation française 28 févr. 2006, *RIDA* 2006, n° 209, p. 323 ; *IIC* 2006, n° 6, p. 760. Sur cette décision v. *infra*.

2. Conséquences d'une application judiciaire du test des trois étapes

La principale conséquence d'une application judiciaire du test des trois étapes est de confier aux tribunaux une lourde responsabilité : ceux-ci devront interpréter les exceptions à la lumière du test et vérifier au cas par cas si leur mise en œuvre respecte les conditions énoncées par l'article 5.5. Une utilisation couverte *a priori* par la lettre d'une exception pourra donc être déclarée *a posteriori* illicite par le juge, au motif que celle-ci porte atteinte à l'une des étapes énoncées par le test. Il pourra en résulter pour l'utilisateur un certain manque de prévisibilité quant à l'utilisation des espaces de libertés prévus à son profit par la loi⁸⁶. Il est alors possible que cette insécurité ait pour lui un effet dissuasif : le danger de se retrouver contrefacteur pourra le décourager de procéder à une utilisation exemptée et au contraire l'encourager - dans le doute - à solliciter systématiquement l'autorisation du titulaire de droit. Les exceptions, souvent déjà mises « hors d'usage » par les mesures techniques, risqueront donc de devenir, pour utiliser l'expression d'un auteur, des « zones de liberté précaires »⁸⁷, très précaires même. Le problème n'est pas tant une certaine imprévisibilité, caractéristique de toutes les normes « évolutives » (chaque système juridique connaît des notions cadres et des clauses générales)⁸⁸. Le problème est qu'il s'agit d'une flexibilité à sens unique, profitant uniquement aux titulaires de droit. De fait, le juge qui appliquera le test à une exception peinera à prendre en compte les intérêts concurrents, et notamment ceux des auteurs et du public. Car une mise en balance des différents intérêts en présence ne lui est possible que lors de l'examen de la troisième étape du test, selon laquelle l'utilisation en cause ne doit pas causer un préjudice « injustifié » aux intérêts de l'auteur, ce qui implique qu'il existe des préjudices « justifiés » en raison de la protection d'intérêts jugés supérieurs à ceux des titulaires de droit. En effet, cette étape, qui permet d'étudier la justification qui sous-tend la limite, ne sera analysée par le juge qu'une fois la seconde étape franchie. Or selon cette étape, l'utilisation en cause est envisagée exclusivement par rapport à l'*exploitation* de l'œuvre. Nous avons déjà vu qu'il n'est pas du tout évident de savoir ce qu'il faut entendre par « exploitation normale ». Et surtout, quand y a-t-il « atteinte » à cette exploitation ? De difficiles et coûteuses études économiques devront alors être conduites, que ne pourront produire que les rares plaideurs qui en ont les capacités financières. Le juge, lui, ne disposera pas de moyens pour conduire des contre-expertises et devra se fier à des données qu'il n'aura pas la capacité de vérifier. Il sera désormais tenu d'utiliser un instrument juridique qui visiblement n'a jamais été conçu pour être appliqué par les tribunaux nationaux et devra prendre des décisions qui relèvent en principe du champ politique, sans bénéficier cependant de la possibilité de garantir un juste équilibre des différents intérêts concernés, ce qui devrait pourtant être sa mission.

On peut d'ailleurs trouver dans un arrêt de la Cour de Cassation française du 28 février 2006 une parfaite illustration des problèmes que peuvent impliquer une application judiciaire du test des trois étapes⁸⁹. Dans cet arrêt très commenté⁹⁰, la Haute Juridiction applique pour la

⁸⁶ V. en ce sens dans le contexte de la loi française du 1^{er} août 2006 : A. Lucas, *Propriété intellectuelle*, 2006, n° 20, p. 315 ; P.-Y. Gautier, L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes » : *Comm. com. électr.* nov. 2006, p. 12. Cette imprévision rend de plus en plus difficile l'acceptation sociale de la norme juridique. Mais il est vrai que le mouvement de « désorganisation du droit » n'est pas propre au droit d'auteur et de nombreuses études doctrinales viennent dénoncer le désordre lié à un accroissement de l'insécurité juridique dans les divers branches du droit (v. notamment sur ce thème, V. Lasserre-Kiesow, L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit : *D.* 2006, p. 2279, selon laquelle « le désordre juridique semble caractériser une ère nouvelle, celle de la désorganisation et de l'insécurité juridiques »).

⁸⁷ C. Caron, Les exceptions, L'impact sur le droit français : *Propriété intellectuelle*, 2002, n° 2, p. 26.

⁸⁸ V. pour le droit d'auteur C. Castet, *Notions à contenu variable en droit d'auteur*, Paris, L'Harmattan, 2004.

⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006 (*préc.* note 85).

première fois le test pour écarter la mise en œuvre d'une exception face à une mesure technique de protection, considérant de manière abstraite et générale que la copie privée d'un DVD constitue une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Elle ne donne cependant aucune définition de la notion et se contente d'affirmer de manière générale que celle-ci « s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique ». Il nous semble qu'il s'agit là de critères bien trop vagues pour ne pas constituer un danger d'arbitraire.

D'un vague consensus diplomatique, le test des trois étapes appliqué par le juge se serait-il donc transformé en un instrument juridique permettant de remettre en cause les espaces de libertés au sein du droit d'auteur, au détriment de la fonction sociale qui est la sienne et d'un juste équilibre entre les intérêts concernés⁹¹ ? Le tableau n'est peut être pas si noir qu'il en a l'air. En effet, il est fort possible que les tribunaux ne se satisferont pas du rôle dans lequel la loi semble vouloir les enfermer, consistant à avaliser les prétentions des titulaires de droit, et l'on peut penser qu'ils proposeront à l'avenir des interprétations du test plus équilibrées. On peut même estimer au contraire que le test des trois étapes, s'il est bien compris, pourrait devenir un instrument de flexibilité permettant d'« ouvrir » le système des exceptions et d'étendre le champ des exceptions à des cas non prévus par la loi.

B. Le test des trois étapes, un instrument de flexibilité ?

On peut penser que les plus fervents promoteurs du test des trois étapes avaient nourri l'espoir de voir le champ des exceptions réduit par le juge dans l'environnement numérique, celui-ci étant tenu d'appliquer un instrument privilégiant, du fait de sa rédaction, une approche favorable aux titulaires de droit. Il n'est pas certain que le calcul ait été exact. Car si l'on donne aux juges les moyens d'ajuster les exceptions au cas par cas, ceux-ci pourront dès lors bénéficier désormais d'un véritable instrument de flexibilité permettant d'adapter les exceptions à l'environnement numérique.

1. La flexibilité du système, garantie de son adaptation à la société de l'information

On sait que la question des limites au droit d'auteur est une question sensible et les législateurs nationaux hésitent souvent à intervenir pour adapter le système aux impératifs de la société de l'information⁹². La conséquence est alors la suivante : alors que le dispositif est régulièrement modernisé sur le volet des droits, lesquels connaissent une progression constante, les limites restent cantonnées dans une conception étroite. L'équilibre des intérêts s'en trouve dès lors sérieusement modifié au profit des titulaires de droit et les limites,

⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, *D.* 2006, act. p. 784, obs. J. Daleau; *JCP G* 2006, II, 10084, note A. Lucas; *JCP E* 2006, act. 148, note C. Vilmar; *Comm. com. électr.* avr. 2006, p. 24, obs. C. Caron; *RLDI* 2006, n° 15, p. 17, note D. Melison et p. 49, note C. Geiger; *Légipresse* 2006, n° 231, p. 71, note V.-L. Benabou; *Propr. intell.* 2006, n° 19, p. 179, 1^{er} esp., obs. A. Lucas; *Propr. ind.* juill.-août 2006, p. 25, note J. Schmidt-Szalewski; *RTDcom.* avr.-juin 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian et p. 400, obs. P. Gaudrat; *A&M* 2006, n° 2, p. 177, note S. Dusollier; *RDTI* 2006, n° 25, p. 207, note T. Léonard.

⁹¹ Sur le concept de balance des intérêts en droit d'auteur, v. R.M. Hilty et C. Geiger (ss. la dir. de), *La balance des intérêts en droit d'auteur*, Munich, 2006 (publication en ligne, disponible à l'adresse suivante : www.intellecprop.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publikationen.cfm).

⁹² V. sur la question C. Geiger, *L'avenir des exceptions au droit d'auteur*, Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système : *JCP G* 2005, I, 186.

« baromètre de la réception harmonieuse du droit d'auteur dans le corps social »⁹³, se révèlent insuffisantes pour couvrir un certain nombre d'utilisations pourtant nécessaires afin de garantir que le droit d'auteur remplisse sa fonction sociale⁹⁴. Cela conduit à des applications parfois excessives des droits exclusifs, entraînant souvent des réactions de rejet de la part de l'opinion publique. Le droit d'auteur, nombreux sont ceux qui le soulignent désormais, traverse une sérieuse crise de légitimité. Or, afin d'éviter une application sans nuance des droits de propriété intellectuelle et pour garantir que le système prenne en compte un certain nombre de valeurs fondamentales, il est nécessaire que le juge puisse disposer d'un instrument juridique pour « corriger le tir » et rétablir un juste équilibre des intérêts concernés⁹⁵. Il ne doit pas se substituer au législateur, mais assurer au cas par cas une application équilibrée des limites au droit d'auteur, conformément à la fonction première du droit qui est « d'assurer la coexistence paisible du groupe humain ou, comme on l'a dit souvent, d'harmoniser l'activité des membres de la société »⁹⁶.

Le test des trois étapes pourrait constituer cet instrument de flexibilité⁹⁷, pour peu qu'on en ait une lecture différente de celle de la Cour de cassation française dans l'affaire précédemment évoquée. En effet, la Cour fait totalement l'impasse sur la troisième étape du test qui est de loin la plus importante, puisqu'elle permet d'examiner la justification qui sous-tend la limite. Selon la troisième étape, l'application des limites au droit d'auteur ne doit pas causer un préjudice « injustifié » au titulaire de droit. Le titulaire de droit ne doit pas en effet avoir le pouvoir de contrôler *toutes* les utilisations de ses œuvres, certains préjudices étant justifiés par la prise en compte de valeurs considérées comme supérieures aux intérêts du titulaire de droit⁹⁸. Cette formule permet au juge de procéder à une sorte de contrôle de proportionnalité qui n'est pas sans rappeler la méthode utilisée pour résoudre les conflits entre différents droits fondamentaux⁹⁹. Le juge doit alors prendre en compte la justification qui se trouve derrière la limite en cause et arriver à une analyse différenciée à la lumière des divers intérêts et droits fondamentaux en question¹⁰⁰. Ceci conduit à un résultat particulièrement intéressant puisque l'on pourrait ainsi combiner la sécurité d'un système fermé d'exceptions avec la

⁹³ Pour reprendre une expression du Professeur Caron (article *préc.* note 87), p. 25.

⁹⁴ Sur la fonction sociale du droit d'auteur v. C. Geiger (*préc.* note 8), n° 27. Pour la propriété intellectuelle v. M. Vivant, in : M. Vivant (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, notice n° 1 ; J.-M. Bruguière, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2005, p. 107.

⁹⁵ V. C. Geiger, Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur : *A&M* 2004, p. 213, proposant un rééquilibrage à travers l'application des droits fondamentaux.

⁹⁶ C. du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 4^{ème} éd., Delachaux et Niestlé, 1967, p. 19.

⁹⁷ V. en ce sens C. Geiger, Right to Copy v. Three-Step Test, *The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment : Computer Law Review international (CRi)* 2005, p. 7, ainsi que du même auteur : The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law? : *IIC* 2006, n° 6, p. 683; J.-C. Galloux, Limitations et exceptions au droit d'auteur en France, Exception française ou paradoxe français ?, in : C. Geiger, M. Bouyssi-Ruch, R.M. Hilty (ss. la dir. de), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007 (à paraître) ; M. Senftleben, L'application du triple test - vers un système de « fair use » européen ?, intervention lors du colloque IRPI/AFPIDA sur le thème « Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ? », Paris, 9 mars 2007 (actes à paraître).

⁹⁸ La Cour constitutionnelle allemande l'a précisé très clairement dans sa décision « livres scolaires » du 7 juill. 1971, *GRUR* 1972, p. 481.

⁹⁹ M. Senftleben (*préc.* note 10), p. 226; S. Dusollier (*préc.* note 25), p. 221; C. Geiger, The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law? (*préc.* note 97), p. 696.

¹⁰⁰ V. également en ce sens l'intervention de P.B. Hugenholtz, « Free Speech and The Three Step-Test : a Tongue Twister », lors du workshop sur le thème : « Rethinking the Three-Step Test », organisé conjointement par l'Institut Max Planck pour le droit de la propriété intellectuelle et l'université Queen Mary de Londres, Paris, ULIP, 16 février 2007.

souplesse du *fair use*¹⁰¹, permettant d'ajuster l'application des limites non pas uniquement en fonction de l'intérêt économique du titulaire de droit, mais en prenant également en compte les intérêts divergents des utilisateurs ou bien même des auteurs lorsque ceux-ci diffèrent de ceux des exploitants titulaires de droits.

2. La nécessité de « repenser » le test : pour une nouvelle interprétation

Pour ce faire, il serait néanmoins nécessaire de « repenser » le test des trois étapes et d'en adopter une nouvelle lecture. En effet, pour arriver à des solutions équilibrées, il pourrait être utile de commencer son application par la troisième étape et d'utiliser la deuxième étape ensuite comme correctif pour éviter les atteintes les plus grossières à l'exploitation de l'œuvre. Cela reviendrait à procéder à une lecture à l'envers du test, lecture qu'aucun texte ne semble prohiber¹⁰². En effet, le problème de l'interprétation que propose la Cour de cassation française est que, dès lors qu'une atteinte à l'exploitation normale est constatée, l'examen de la troisième étape ne serait plus nécessaire. C'est pour cette raison que la Cour ne poursuit pas son analyse. Cela ne peut être le sens du test des trois étapes, lequel doit d'ailleurs être également analysé à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme, texte qui prime la directive dans la hiérarchie des normes¹⁰³. Une analyse du test conduite exclusivement sous l'angle des intérêts économiques des titulaires de droit est incompatible avec une approche en termes de droits fondamentaux, dont le point de départ est un postulat d'égalité entre des droits de valeur égale¹⁰⁴. Une priorité *de principe* du titulaire de droit serait de la sorte en désaccord avec l'ordre juridique européen¹⁰⁵.

Comme nous l'avons déjà souligné, il convient dès lors d'adopter une conception extrêmement restrictive de la notion d'exploitation normale de l'œuvre, afin de donner une place centrale à la troisième étape, laquelle permet de mettre en balance les différents intérêts en présence. Mais ce n'est pas suffisant et il faut pouvoir garantir que le juge examine la troisième étape. Pour ce faire, nous avons proposé d'examiner le test à l'envers. On peut en effet penser que l'effet psychologique ne serait pas négligeable : après avoir mis en balance les intérêts en présence, les juges seront probablement moins enclins à censurer l'utilisation en adoptant une approche purement économique et utiliseront dès lors la seconde étape afin « d'ajuster le tir ».

¹⁰¹ V. en ce sens M. Senftleben (*préc. note 97*); C. Geiger (*préc. note 97*). Le Professeur Sirinelli conclut son rapport de synthèse aux journées de l'ALAI consacrées aux limites au droit d'auteur, en estimant qu'une telle solution combinant les deux approches est probablement idéale (Synthèse des Journées d'Etudes de l'ALAI, in : L. Baulch, M. Green et M. Wyburn (éd.), *Les Frontières du Droit d'Auteur : Ses Limites et Exceptions*, Actes du congrès de l'ALAI 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 136).

¹⁰² Pour une telle lecture v. également C. Geiger (*préc. note 97*), p. 12. V. également l'intervention de M. Vivant, « Rethinking the three-step test : What are the possibilities left by interpretation of the conditions ? », lors du workshop sur le thème : « Rethinking the Three-Step Test », organisé conjointement par l'Institut Max Planck pour le droit de la propriété intellectuelle et l'université Queen Mary de Londres, Paris, ULIP, 16 février 2007, approuvant une telle lecture.

¹⁰³ V. V.-L. Benabou, La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur : *Légicom* 2004, n° 30, p. 35. Plus généralement v. H. Scheer, The Interaction between the ECHR and EC Law, A Case Study in the Field of EC Competition Law: *ZEUS* 2004, p. 690.

¹⁰⁴ V. C. Geiger, Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? : *JCP G* 2004, I, 150 (pour une version en langue anglaise v. *IIC* 2004, n° 3, p. 26).

¹⁰⁵ V. en ce sens C. Geiger, « Constitutionalising » Intellectual Property Law ? (*préc. note 24*).

Une autre solution serait de lire le test comme énonçant un nombre de facteurs devant être pris en considération par le juge, sur le modèle de la doctrine américaine du *fair use*¹⁰⁶. D'ailleurs, la deuxième étape du test rappelle fortement le quatrième facteur énoncé par l'article 107 de la loi américaine de 1976, selon lequel l'influence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre ou sur sa valeur doit être prise en compte. Seulement, il s'agit alors d'un facteur à prendre en compte parmi d'autres. La deuxième étape de l'impact sur l'utilisation normale de l'œuvre constituerait ainsi *un des critères* à mettre en œuvre, un des paramètres à prendre en compte lors de l'analyse de l'application d'une limite. Mais il ne serait pas le seul¹⁰⁷.

On pourra évidemment faire valoir qu'une telle lecture, entraînant une flexibilisation du dispositif des limitations, conduit à une déplorable insécurité juridique. Il est vrai, et cela a été souligné à juste titre, que la doctrine du *fair use* conduit à des résultats peu prévisibles, ce qui, nous l'avons déjà souligné, peut être un frein pour les utilisateurs qui rechigneront à faire usage des limites par crainte d'un procès¹⁰⁸. Ceci dit, il ne s'agirait en aucun cas de remplacer la liste des limites par une clause générale. Dans la plupart des cas, l'utilisation en cause tombera (ou ne tombera pas) clairement sous le coup d'une limite prévue par la loi. Ce ne sera que dans des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire lorsque l'esprit d'un texte imposerait qu'une utilisation ne soit pas saisie par le droit exclusif, qu'une certaine ouverture reste souhaitable¹⁰⁹. En effet, pourquoi la flexibilité ne devrait-elle aller que dans le sens d'une réduction des exceptions ? La logique voudrait que, si l'on admet le principe d'une marge de manœuvre laissée au juge, celle-ci aille dans les deux sens et non uniquement dans le sens restrictif¹¹⁰. Les juges ont d'ailleurs à juste titre déjà pu utiliser le test des trois étapes pour consacrer une interprétation extensive d'une exception afin de l'adapter à un changement

¹⁰⁶ Pour une telle lecture, v. l'article de K.J. Koelman, Fixing the Three- Step Test (*préc. note 70*), ainsi que l'intervention du même auteur : « The Room for Interpretation of the Three-Step-Test », lors du workshop sur le thème : « Rethinking the Three-Step Test », organisé conjointement par l'Institut Max Planck pour le droit de la propriété intellectuelle et l'université Queen Mary de Londres, Paris, ULIP, 16 février 2007.

¹⁰⁷ Une approche en terme d'usage loyal n'est d'ailleurs pas du tout impensable dans le pays de tradition continentale, comme cela est parfois mis en avant. Elle correspond à notre avis à cette approche « raisonnable » du droit d'auteur, chère au Prof. Sirinelli (P. Sirinelli, Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur, in : *Mélanges A. Françon*, Paris, Dalloz, 1995, p. 397 *seq.*). Les juges n'y sont pas insensibles, comme dans cette très intéressante décision de la Cour d'appel de Saragosse du 2 déc. 1998 (núm. 708/1998, rec. 136/1998), dans laquelle la Cour a vérifié si des reproductions à des fins d'enseignement dans les universités avaient été « loyales ». Selon les juges espagnols, « pour déterminer si l'utilisation d'une œuvre dans un cas déterminé est loyale, et, par conséquent, constitue une exception licite au droit de reproduction, il est nécessaire de prendre en considération les quatre facteurs suivants : 1°. La destination et le caractère de l'utilisation, principalement, la nature commerciale de l'utilisation ou sa destination à des buts non lucratifs ; 2°. La nature de l'œuvre protégée ; 3°. Le volume et l'importance de la partie utilisée en relation à l'ensemble de l'œuvre protégée ; et 4°. L'influence de l'utilisation sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur ».

¹⁰⁸ V. en ce sens le très intéressant article de D. Nimmer, The Public Domain, Fairest of Them All, and Other Fairy Tales of Fair Use: *Law & Contemp. Prob.* 2003, n° 66, p. 280.

¹⁰⁹ V. M. Senftleben, Bepervingen à la carte : Waarom de Auteursrechtlijn ruimte lat voor fair use : *AMI* 2003, n° 1, p. 10. L'auteur démontre de manière très convaincante que la liste limitative de la directive n'empêche pas une certaine ouverture au moyen du test des trois étapes.

¹¹⁰ Bien compris, le test des trois étapes pourrait dès lors, au lieu de constituer le symbole d'une désorganisation préjudiciable du droit, devenir au contraire le garant d'un ordre juridique évolutif. En effet, comme le souligne P. Roubier, « à partir du moment où l'ordre juridique présente des lacunes par rapport au concret, il est tout naturel d'aller chercher dans l'ordre social spontané, c'est à dire dans le contenu apporté par l'expérience de la vie et les nécessités des relations nouvelles, les éléments qui permettront de combler ces lacunes » : *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit*, in : *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950, p. 19). Or qui mieux que le juge peut assurer cette adaptation du droit aux mutations « spontanées » de la société ? L'adaptation du droit d'auteur à la « société de l'information » ne saurait être qu'une affaire de législateur.

technique¹¹¹. Il n'est en effet pas concevable que l'insécurité juridique soit acceptable quand elle profite aux titulaires de droit et inacceptable lorsqu'elle profite aux utilisateurs.

Une certaine insécurité est malheureusement inévitable si l'on veut que l'application des limites puisse être affinée (dans un sens ou un autre) afin d'adapter le système à des nouvelles circonstances¹¹². D'ailleurs, le droit d'auteur connaît déjà un certain manque de sécurité juridique pour ce qui est de l'accès à la protection. En effet, le critère éminemment subjectif de l'originalité (version française) ou de l'individualité (version allemande), défini comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur, ne permet pas clairement de savoir à l'avance si une œuvre répond à cette condition ou non. On s'accorde cependant pour estimer qu'un filtre est nécessaire pour maintenir les idées ou certaines formes d'expressions non originales dans le domaine public, en raison d'intérêts jugés supérieurs à ceux des titulaires de droit¹¹³. Le juge procède (ou du moins, dans l'idéal, *devrait* procéder) à une balance des intérêts lorsqu'il décide de l'originalité d'une œuvre de l'esprit. D'ailleurs, force est de constater que la motivation des juges reste fréquemment assez opaque et il faut souvent beaucoup d'imagination pour découvrir la personnalité de l'auteur dans un boulon, une étagère ou un panier à salade, créations auxquelles la jurisprudence a parfois accordé la protection du droit d'auteur. Dès lors, il serait peut-être souhaitable de mettre en place une sorte de test des trois étapes pour l'accès à la protection du droit d'auteur et de remplacer le critère de l'originalité par des critères plus clairs¹¹⁴. Si l'on convient que le principe est la liberté et l'exclusivité l'exception, cela n'aurait rien d'illogique, au contraire¹¹⁵. Mais c'est là un autre débat...

Pour conclure, il faut constater que l'adaptation du système des exceptions aux impératifs de la société de l'information reste un grand défi à l'échelle mondiale, européenne et nationale. Nous avons vu que la liberté des législateurs nationaux était cependant fortement réduite par la règle du test des trois étapes. De plus, il se pourrait bien que le juge, tenu d'utiliser le test dans des cas qui lui sont soumis, voit sa marge de manœuvre également amoindrie et peine à prendre en compte les intérêts divergents des auteurs et des utilisateurs. À moins que celui-ci n'adopte une lecture différente des conditions posées par le test, qui ne seraient dès lors pas considérées comme des « étapes », mais comme des critères qu'il faudrait prendre en compte lors de la mise en balance des différents intérêts en présence, afin d'arriver à un juste

¹¹¹ V. à titre d'exemple l'arrêt de la Cour fédérale allemande du 11 juill. 2002 (*préc.* note 43), qui valide l'extension de la limite permettant des revues de presse à des panoramas de presse sous format électronique.

¹¹² Il est vrai qu'une telle conception peut paraître s'écarter quelque peu de la tradition continentale pour se rapprocher des méthodes des pays de *common-law*, où le juge bénéficie d'une plus grande marge de manœuvre. Ceci dit, le contexte d'harmonisation communautaire dans lequel se situe le droit d'auteur aujourd'hui nécessite à notre avis également une certaine perméabilité quant aux méthodes utilisées par les juges pour appliquer la loi. En effet, les textes communautaires s'écartent grandement de la tradition continentale pour ce qui est de leur rédaction. Ils n'en doivent pas moins être transposés. En résulte un droit qui n'a plus la cohérence et l'intelligibilité qu'il a pu avoir dans le passé (v. en ce sens J. de Clausade, Sécurité juridique et complexité du droit : considérations générales du Conseil d'Etat : *D.* 2006, p. 737). Il nous semble que si la méthode législative change, la méthode judiciaire pourrait évoluer également, surtout lorsque celle-ci permet d'aboutir à des solutions équilibrées. Ou alors c'est le processus d'intégration du droit dans son ensemble qu'il faudrait rejeter (sur cette question v. le passionnant article de K.H.T. Schiemann, juge à la Cour de Justice des Communautés Européennes : Should we come together ? Reflexions on different styles of judicial reasoning : *ZEuS* 2006, p. 1).

¹¹³ La doctrine la plus classique est unanime sur ce point.

¹¹⁴ Pour une proposition en ce sens v. C. Geiger, La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle : Quels remèdes pour le droit de la propriété littéraire et artistique ? : *Revue Internationale de Droit Économique (RIDE)* 2006, n° 4, p. 389.

¹¹⁵ V. en ce sens la belle image du Professeur Vivant, selon lequel les droits de propriété intellectuelle constituent « un archipel où chaque droit privatif chacun constitué sur une création de l'esprit particulière émerge comme une île d'un océan soumis au régime de la liberté » (J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, Paris, PUF, 1991, p. 9).

équilibre¹¹⁶. Finalement, ce qui semble regrettable, ce n'est pas que les États membres ne soient pas libres de faire ce qu'ils veulent, car telle est la règle du jeu de tout engagement au niveau international. Ce qui paraît choquant, c'est qu'il n'y ait eu aucun débat concernant la portée véritable de cet instrument juridique, dont les virtualités dangereuses ne se révèlent que petit à petit. Or, il est fort probable que les États membres n'aient pas pleinement mesuré à l'époque l'ampleur de leur engagement. Ceci pourrait les conduire à provoquer à l'avenir une révision des accords existant pour regagner leur souveraineté dans le domaine des exceptions. L'acceptation du droit d'auteur au sein du corps social pourrait en dépendre.

¹¹⁶ En France, la doctrine utilise parfois la notion de « triple test » et non pas de « test des trois étapes » (C. Alleaume, Le rôle du triple test, une nouvelle conception des exceptions ? : *RLDI* 2007, n° 25 (supplément), p. 48 ; B. May, Droit d'auteur : le « triple test » à l'ère du numérique : *RLDI* 2006, n° 15, p. 63). Cette notion, peu familière dans d'autres pays, a cependant l'avantage de ne pas indiquer une lecture du test « par étapes » et se veut donc plus neutre. Dans la lecture proposée ici, cette appellation nous semble donc préférable.