

**ÉTATS-UNIS – ARTICLE 110 5) DE LA LOI
SUR LE DROIT D'AUTEUR**

Rapport du Groupe spécial

Le rapport du Groupe spécial "*États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*" est distribué à tous les Membres conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Il est mis en distribution non restreinte le 15 juin 2000, en application des Procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/160/Rev.1). Il est rappelé aux Membres que, conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, seules les parties au différend pourront faire appel du rapport d'un groupe spécial. L'appel sera limité aux questions de droits couvertes par le rapport du Groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci. Il n'y aura pas de communication *ex parte* avec le Groupe spécial ou l'Organe d'appel en ce qui concerne les questions que l'un ou l'autre examine.

Note du Secrétariat: Le présent rapport sera adopté par l'Organe de règlement des différends (ORD) dans les 60 jours suivant la date de sa distribution, à moins qu'une partie au différend ne décide de faire appel ou que l'ORD ne décide par consensus de ne pas l'adopter. S'il fait l'objet d'un appel formé devant l'Organe d'appel, il ne sera pas examiné par l'ORD, en vue de son adoption, avant l'achèvement de la procédure d'appel. Des renseignements sur la situation à cet égard peuvent être obtenus auprès du Secrétariat de l'OMC.

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
II. ASPECTS FACTUELS	2
III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES	8
IV. ARGUMENTS DES PARTIES ET DES TIERCES PARTIES ET RENSEIGNEMENTS FACTUELS COMMUNIQUÉS PAR LE BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI	8
V. RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE	8
VI. CONSTATATIONS	10
A. ALLÉGATIONS.....	10
B. QUESTION PRÉLIMINAIRE.....	10
C. CHARGE DE LA PREUVE.....	11
D. ASPECTS DE FOND DU DIFFÉREND.....	13
1. Considérations générales sur les droits exclusifs concernés et les limitations y relatives	13
a) Droits exclusifs impliqués par les allégations des CE.....	13
i) <i>Article 11bis de la Convention de Berne (1971)</i>	13
ii) <i>Article 11 de la Convention de Berne (1971)</i>	14
b) Limitations et exceptions	16
i) <i>Introduction</i>	16
ii) <i>Résumé des arguments formulés par les parties</i>	17
iii) <i>Doctrine des exceptions mineures</i>	19
iv) <i>Portée de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC</i>	29
v) <i>L'article 11bis 2) de la Convention de Berne (1971) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC</i>	32
vi) <i>Résumé des limitations et exceptions</i>	34
a) Introduction générale	34
b) "Certains cas spéciaux".....	36
i) <i>Analyse interprétative générale</i>	36
ii) <i>L'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B)</i>	38
iii) <i>L'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A)</i>	43
iv) <i>Nécessité d'examiner les deux autres conditions</i>	48

	<u>Page</u>
c) "Ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre"	50
i) <i>Analyse interprétative générale</i>	50
ii) <i>L'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B)</i>	57
iii) <i>L'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A)</i>	63
d) "Ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit"	65
i) <i>Analyse interprétative générale</i>	65
ii) <i>L'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B)</i>	70
iii) <i>L'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A)</i>	78
VII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.....	80

ANNEXE I:

DOCUMENT WT/DS160/5	81
----------------------------------	-----------

ANNEXE II:

DOCUMENT WT/DS160/6	83
----------------------------------	-----------

APPENDICE 1:

COMMUNICATIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES	84
1.1 PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE.....	84
1.2 DÉCLARATION ORALE À LA PREMIÈRE RÉUNION AVEC LE GROUPE SPÉCIAL.....	103
1.3 RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL – PREMIÈRE RÉUNION	119
1.4 RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉCRITES POSÉES PAR LES ÉTATS-UNIS – PREMIÈRE RÉUNION.....	134
1.5 DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE.....	137
1.6 DÉCLARATION ORALE À LA SECONDE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL.....	144
1.7 OBSERVATIONS SUR LA LETTRE ENVOYÉE PAR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI AU PRÉSIDENT DU GROUPE SPÉCIAL.....	154

APPENDICE 2:

COMMUNICATIONS DES ÉTATS-UNIS	155
2.1 PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE.....	155
2.2 DÉCLARATION ORALE À LA PREMIÈRE RÉUNION AVEC LE GROUPE SPÉCIAL.....	169
2.3 RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL - PREMIÈRE RÉUNION.....	175
2.4 RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉCRITES POSÉES PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET LEURS ÉTATS MEMBRES – PREMIÈRE RÉUNION	199
2.5 DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE.....	202
2.6 COMMUNICATION ORALE LORS DE LA SECONDE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL	218
2.7 COMMENTAIRES SUR LA LETTRE ADRESSÉE PAR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI AU PRÉSIDENT DU GROUPE SPÉCIAL.....	227

APPENDICE 3:

COMMUNICATIONS DES TIERCES PARTIES	228
3.1 AUSTRALIE.....	228
3.1.1 COMMUNICATION ÉCRITE.....	228
3.1.2 DÉCLARATION ORALE FAITE À L'AUDITION DES TIERCES PARTIES.....	251
3.1.3 RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL.....	253
3.2 BRÉSIL.....	260
3.2.1 DÉCLARATION ORALE FAITE À L'AUDITION DES TIERCES PARTIES.....	260
3.2.2 RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL.....	263
3.3 CANADA.....	264
3.3.1 COMMUNICATION ÉCRITE.....	264
3.4 JAPON.....	265
3.4.1 COMMUNICATION ÉCRITE.....	265
3.4.2 RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL.....	267
3.5 SUISSE	268
3.5.1 DÉCLARATION ORALE FAITE À L'AUDITION DES TIERCES PARTIES.....	268
3.5.2 RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL.....	271

APPENDICE 4:

RENSEIGNEMENTS FACTUELS FOURNIS PAR LE BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI	274
4.1 LETTRE DE LA PRÉSIDENTE DU GROUPE SPÉCIAL AU DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI.....	274
4.2 LETTRE DU DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI À LA PRÉSIDENTE DU GROUPE SPÉCIAL	275

I. INTRODUCTION

1.1 Le 26 janvier 1999, les Communautés européennes et leurs États membres (ci-après dénommés les Communautés européennes) ont demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis conformément à l'article 4 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémorandum d'accord") et à l'article 64:1 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC") au sujet de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis telle qu'elle a été modifiée par la "Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales" promulguée le 27 octobre 1998.¹

1.2 Les Communautés européennes et les États-Unis ont tenu des consultations le 2 mai 1999, mais n'ont pas pu arriver à une solution mutuellement satisfaisante. Le 15 avril 1999, les Communautés européennes ont demandé l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord et à l'article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC.²

1.3 À sa réunion du 26 mai 1999, l'Organe de règlement des différends ("ORD") a établi, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord, un groupe spécial doté du mandat type suivant:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les Communautés européennes dans le document WT/DS160/5, la question portée devant l'ORD par les Communautés européennes dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."³

1.4 L'Australie, le Brésil, le Canada, le Japon et la Suisse ont réservé leurs droits de participer à la procédure de groupe spécial en tant que tierces parties.

1.5 Le 27 juillet 1999, les Communautés européennes ont demandé, conformément à l'article 8:7 du Mémorandum d'accord, au Directeur responsable de déterminer la composition du Groupe spécial. Le 6 août 1999, la composition du Groupe spécial a été arrêtée comme suit:

Présidente: Mme Carmen Luz Guarda
Membres: M. Arumugamangalam V. Ganesan
M. Ian F. Sheppard

1.6 Le Groupe spécial s'est réuni avec les parties les 8 et 9 novembre 1999 et le 7 décembre 1999. Il s'est réuni avec les tierces parties le 9 novembre 1999.

1.7 Le 15 novembre, le Groupe spécial a envoyé une lettre au Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) qui est chargé de l'administration de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Dans cette lettre, le Groupe spécial demandait des renseignements factuels sur les dispositions de l'Acte de Paris de 1971 de cette Convention ("Convention de Berne (1971)"), incorporées à l'Accord sur les ADPIC en vertu de l'article 9:1 dudit accord, qui sont pertinentes en l'espèce. Le Bureau international de l'OMPI a communiqué ces renseignements par une lettre datée du 22 décembre 1999. Les parties au différend ont communiqué des observations sur ces renseignements par des lettres datées du 12 janvier 2000.

¹ Voir le document WT/DS160/1 (4 février 1999).

² Voir le document WT/DS160/5 (16 avril 1999) reproduit à l'annexe 1 du présent rapport.

³ Voir le document WT/DS160/6 (6 août 1999) reproduit à l'annexe 2 du présent rapport.

1.8 Le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire aux parties le 14 avril 2000. Il leur a remis son rapport final le 5 mai 2000.

II. ASPECTS FACTUELS

2.1 Le différend concerne l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur des États-Unis⁴, telle qu'elle a été modifiée par la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales ("la modification de 1998")⁵, qui est entrée en vigueur le 26 janvier 1999. Les dispositions de l'article 110 5) établissent des limitations des droits exclusifs accordés aux titulaires du droit d'auteur au titre de l'article 106 de la Loi sur le droit d'auteur en ce qui concerne certaines représentations ou exécutions et présentations.

2.2 Les parties pertinentes du texte actuel de l'article 106 sont ainsi libellées:

"Art. 106. Droits exclusifs sur les œuvres protégées

Sous réserve des dispositions des articles 107 à 120, le titulaire du droit d'auteur visé au présent titre a le droit exclusif d'accomplir et d'autoriser les actes suivants.

...

4) dans le cas d'œuvres littéraires, musicales, dramatiques et chorégraphiques, de pantomimes, de films cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, représenter ou exécuter en public l'œuvre protégée;

5) dans le cas d'œuvres littéraires, musicales, dramatiques et chorégraphiques, de pantomimes ainsi que d'œuvres de peinture, des arts graphiques ou de sculpture, y compris les images isolées d'un film cinématographique ou de toute autre œuvre audiovisuelle, présenter en public l'œuvre protégée; et

...^{6,7}

⁴ Loi de 1976 sur le droit d'auteur des États-Unis, Loi du 19 octobre 1976, Loi 94-553, 90 Stat. 2541 (telle qu'elle a été modifiée).

⁵ Loi du 27 octobre 1998 sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales, Loi 105-298, 112 Stat. 2830, 105th Cong., 2nd Session (1998).

⁶ Voir la pièce n° 15 b) des États-Unis.

⁷ L'article 101 de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis contient un certain nombre de définitions, dont les suivantes sont les plus pertinentes en l'espèce (loi notifiée par les États-Unis au Conseil des ADPIC au titre de l'article 63:2 de l'Accord sur les ADPIC, voir le document de l'OMC IP/N/1/USA/1, daté du 25 mars 1996):

"Représenter ou exécuter" une œuvre signifie la réciter, la présenter, la jouer, la danser ou l'interpréter, soit directement, soit par l'intermédiaire de tout dispositif ou procédé ou, dans le cas d'un film cinématographique ou de toute autre œuvre audiovisuelle, en montrer les images dans quelque ordre que ce soit ou rendre audibles les sons qui l'accompagnent."

"Représenter ou exécuter, ou présenter, une œuvre "en public" signifie

1) la représenter ou l'exécuter, ou la présenter, en un lieu accessible au public ou en tout lieu où sont réunies un nombre important de personnes étrangères au cercle normal d'une famille et de son entourage; ou

2) transmettre ou communiquer de toute autre manière une représentation ou une exécution, ou une présentation, de l'œuvre en tout lieu spécifié au sous-alinéa 1) ou bien au public, au moyen d'un dispositif ou

2.3 Les parties pertinentes du texte actuel de l'article 110 5) sont ainsi libellées⁸:

"Art. 110. Limitations des droits exclusifs: exceptions concernant certaines représentations ou exécutions et présentations

Nonobstant les dispositions de l'article 106, les actes suivants ne constituent pas une atteinte au droit d'auteur:

...

5 A) sous réserve des dispositions de l'alinéa B), la communication d'une émission comprenant la représentation ou exécution, ou la présentation, d'une œuvre par la réception publique de l'émission sur un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers, à moins que

A) un droit ne soit directement perçu pour permettre de voir ou d'entendre l'émission, ou que

B) l'émission ainsi reçue ne soit retransmise ensuite au public;

B) la communication par un établissement d'une émission ou d'une retransmission comprenant l'exécution ou la présentation d'une œuvre musicale non dramatique destinée à être reçue par le grand public, émise par une station de radiodiffusion ou de télévision agréée en tant que telle par la Commission fédérale des communications [Federal Communications Commission], ou, s'il s'agit d'une transmission audiovisuelle, par un réseau de distribution par câble ou un organisme d'acheminement par satellite, si

i) dans le cas d'un établissement autre qu'un établissement de restauration ou un débit de boissons, soit l'établissement dans lequel la communication a lieu a une superficie inférieure à 2 000 pieds carrés bruts (à l'exclusion de l'espace destiné au stationnement des véhicules des clients et à aucune autre utilisation), soit l'établissement dans lequel la communication a lieu a une superficie égale ou supérieure à 2 000 pieds carrés bruts (à l'exclusion de l'espace destiné au stationnement des véhicules des clients et à aucune autre utilisation) et

I) si l'exécution se fait uniquement par des moyens audio, elle est communiquée au moyen d'un total de six haut-parleurs au plus, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce ou dans l'espace extérieur adossé;
ou

II) si l'exécution ou la présentation se fait par des moyens audiovisuels, toute partie visuelle de l'exécution ou de la présentation est communiquée au moyen d'un total de quatre dispositifs audiovisuels au plus, dont un au plus est situé dans une même pièce, et aucun de ces dispositifs audiovisuels n'a un écran d'une dimension de plus de 55 pouces dans le sens

d'un procédé, que les membres du public qui peuvent recevoir une telle transmission ou communication la reçoivent dans le même lieu ou dans des lieux différents, au même moment ou à des moments différents."

"Transmettre une représentation ou exécution, ou une présentation, consiste à la communiquer par tout dispositif ou procédé grâce auquel des images ou des sons sont reçus au-delà de leur lieu d'émission."

⁸ Voir la pièce n° 15 a) des États-Unis. Le gouvernement des États-Unis n'a pas établi un texte codifié officiel de l'article 110 5) tel qu'il a été modifié.

de la diagonale, et toute partie audio de l'exécution ou de la présentation est communiquée au moyen d'un total de six haut-parleurs au plus, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce ou dans l'espace extérieur attenant;

ii) dans le cas d'un établissement de restauration ou d'un débit de boissons, soit l'établissement dans lequel la communication a lieu a une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés bruts (à l'exclusion de l'espace destiné au stationnement des véhicules des clients et à aucune autre utilisation), soit l'établissement dans lequel la communication a lieu a une superficie égale ou supérieure à 3 750 pieds carrés bruts (à l'exclusion de l'espace destiné au stationnement des véhicules des clients et à aucune autre utilisation) et

I) si l'exécution se fait uniquement par des moyens audio, elle est communiquée au moyen de six haut-parleurs au plus, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce ou dans l'espace extérieur attenant; ou

II) si l'exécution ou la présentation se fait par des moyens audiovisuels, toute partie visuelle de l'exécution ou de la présentation est communiquée au moyen d'un total de quatre dispositifs audiovisuels au plus, dont un au plus est situé dans une même pièce, et aucun de ces dispositifs audiovisuels n'a un écran d'une dimension de plus de 55 pouces dans le sens de la diagonale, et toute partie audio de l'exécution ou de la présentation est communiquée au moyen d'un total de six haut-parleurs au plus, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce ou dans l'espace extérieur attenant;

iii) aucun droit n'est directement perçu pour voir ou entendre l'émission ou la retransmission;

iv) l'émission ou la retransmission n'est pas retransmise au-delà de l'établissement dans lequel elle est reçue; et

v) l'émission ou la retransmission est autorisée par voie de licence par le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre ainsi exécutée ou présentée en public; et

...⁹

⁹ L'article 205 de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales a modifié l'article 110 de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur en y insérant un certain nombre de définitions qui se rapportent au nouvel article 110 5) B), y compris les définitions suivantes:

"Un "établissement" est un magasin, une boutique ou tout établissement commercial similaire ouvert au grand public dont la finalité première est de vendre des marchandises ou des services, dans lequel la plus grande partie de la superficie brute à usage non résidentiel est employée à cette fin et dans lequel des œuvres musicales non dramatiques sont exécutées publiquement."

"Un "établissement de restauration ou débit de boissons est un restaurant, une auberge, un bar, une taverne ou tout autre établissement commercial similaire dans lequel le public ou les clients se réunissent essentiellement pour qu'il leur soit servi des aliments ou des boissons, dans lequel la plus grande partie de la superficie en pieds carrés bruts qui n'est pas résidentielle est employée à cette fin, et dans lequel des œuvres musicales non dramatiques sont exécutées publiquement."

2.4 L'alinéa A) de l'article 110 5) reprend pour l'essentiel le texte de l'exception initiale "pour usage de type privé" énoncée à l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur. Lorsque l'article 110 5) a été modifié en 1998, l'exception pour usage de type privé a été reportée sous un nouvel alinéa A) et les mots "sous réserve des dispositions de l'alinéa B)" ont été ajoutés au début du texte.

2.5 Selon un rapport de la Chambre (1976) accompagnant la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, sous sa forme initiale, l'article 110 5) "s'applique aux représentations ou exécutions, et aux présentations, de toutes les sortes d'œuvres, et il vise à exonérer de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur quiconque met simplement en marche, dans un lieu public, un appareil récepteur ordinaire de radio ou de télévision d'un modèle couramment vendu au public pour un usage privé". "La raison d'être fondamentale de cette disposition est que l'utilisation secondaire que l'on fait d'une émission en allumant un poste récepteur ordinaire en public est si éloignée et minime qu'elle ne devrait engager aucune autre responsabilité." "[Cette disposition] engagerait la responsabilité du propriétaire lorsque celui-ci installe un "système de diffusion sonore" de type commercial ou qu'il convertit un appareil récepteur couramment utilisé dans les foyers (en augmentant sa puissance au moyen de matériel d'amplification perfectionné ou important) en l'équivalent d'un système de diffusion sonore de type commercial."¹⁰ Un rapport de Conférence ultérieur (1976) précisait la raison d'être de cette disposition en indiquant qu'il s'agissait d'exonérer de toute responsabilité un petit établissement commercial "qui n'avait pas une taille suffisante pour justifier, dans la pratique, l'abonnement à un service commercial de musique de fond".¹¹

2.6 Les facteurs à prendre en considération pour appliquer l'exception sont en grande partie fondés sur les faits concernant une affaire tranchée par la Cour suprême des États-Unis immédiatement avant l'adoption de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur. Dans l'affaire *Aiken*¹², la Cour a décidé que le propriétaire d'un petit restaurant à service rapide était exonéré de toute responsabilité pour atteinte au droit d'auteur lorsqu'il diffusait de la musique à l'aide d'une radio raccordée à quatre haut-parleurs situés au plafond; la superficie de l'établissement était de 1 055 pieds carrés (98 m²) dont 620 pieds carrés (56 m²) étaient ouverts au public. Selon le rapport de la Chambre (1976), la situation factuelle dans l'affaire *Aiken* constitue la "limite extrême de l'exception" énoncée à l'article 110 5) initial. C'est ce qu'on a appelé par la suite l'"exception pour usage de type privé".

2.7 Comme il est indiqué dans la première citation reprise plus haut, l'exception pour usage de type privé devait initialement s'appliquer aux représentations ou exécutions de toutes les sortes d'œuvres. Toutefois, étant donné que l'alinéa B) actuel s'applique "à l'exécution ou la présentation d'une œuvre musicale non dramatique" les parties conviennent, par une interprétation *a contrario*, que le membre de phrase introductif "sous réserve des dispositions de l'alinéa B)", qui a été ajouté au texte

"La "superficie en pieds carrés bruts" d'un établissement s'entend de la surface au sol totale de cet établissement et de tout espace extérieur attenant utilisé pour servir les clients, que ce soit sur une base saisonnière ou d'une autre manière."

¹⁰ Ces citations sont extraites du rapport de la Commission des lois de la Chambre, H.R. Rep. n° 94-1476, 94th Cong., 2nd Session 87 (1976), telles qu'elles sont reproduites dans la pièce n° 1 des États-Unis. Le rapport indique en outre que "les facteurs à prendre en considération dans des cas particuliers sont notamment la taille, la disposition matérielle et le niveau sonore des zones de l'établissement où les émissions peuvent être vues ou entendues, et la mesure dans laquelle l'appareil récepteur a été modifié ou sa puissance a été augmentée afin d'améliorer la qualité auditive ou visuelle de la réception".

¹¹ Rapport de Conférence de la Commission des lois de la Chambre, Sous-Commission de la justice et de la propriété intellectuelle, H.R. Rep. n° 94-1733, 94th Cong., 2nd Session 75 (1976), tel qu'il est reproduit dans la pièce n° 2 des États-Unis.

Dans leurs premières communications écrites, les Communautés européennes et les États-Unis ont exposé leurs vues sur la genèse et l'application ultérieure de l'exception initiale pour usage de type privé.

¹² *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975).

de l'alinéa A), a pour effet de restreindre l'application de l'alinéa A) aux œuvres autres que les "œuvres musicales non dramatiques".¹³

2.8 Le Groupe spécial note que les parties estiment d'un commun accord que l'expression "œuvres musicales non dramatiques" figurant à l'alinéa B) exclut de son champ d'application la communication d'un morceau de musique faisant partie d'un opéra, d'une opérette, d'une comédie musicale ou d'une autre œuvre dramatique similaire lorsqu'il est exécuté dans un contexte dramatique. Toutes les autres œuvres musicales sont visées par cette expression, y compris des chansons isolées extraites d'œuvres dramatiques lorsqu'elles sont exécutées hors de tout contexte dramatique. L'alinéa B) serait donc applicable, par exemple, à une chanson isolée extraite d'une comédie musicale et diffusée à la radio. En conséquence, le champ d'action de l'alinéa A) est limité aux œuvres musicales qui ne sont pas visées par l'alinéa B), par exemple la communication d'une émission radiodiffusée d'une interprétation dramatique de la musique écrite pour un opéra.¹⁴

2.9 Avec la modification de 1998, un nouvel alinéa B) a été ajouté à l'article 110 5) que nous appellerons ci-après dans un souci de concision l'exception "pour usage dans des entreprises commerciales". Cette exception s'applique, sous certaines conditions, à la communication par un établissement d'une émission ou d'une retransmission comprenant l'exécution ou la présentation d'une œuvre musicale non dramatique destinée à être reçue par le grand public, émise par une station de radiodiffusion ou de télévision agréée en tant que telle par la Commission fédérale des communications ou, s'il s'agit d'une transmission audiovisuelle, par un réseau de distribution par câble ou un organisme d'acheminement par satellite.

2.10 Les bénéficiaires de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales sont divisés en deux catégories: les établissements autres que les établissements de restauration ou débits de boissons ("établissements de vente au détail") et les établissements de restauration et débits de boissons. Dans chaque catégorie, les établissements d'une superficie inférieure à une certaine limite sont visés par l'exception, quel que soit le type de matériel qu'ils utilisent. Les limites de superficie sont 2 000 pieds carrés bruts (186 m²) pour les établissements de vente au détail et 3 750 pieds carrés bruts (348 m²) pour les restaurants.

2.11 Dans son étude de novembre 1995¹⁵ destinée à la Commission des lois du Sénat, le Service de recherche du Congrès ("CRS") a estimé que 16 pour cent des établissements de restauration, 13,5 pour cent des débits de boissons et 18 pour cent des établissements de vente au détail avaient une superficie inférieure à celle du restaurant exploité par M. Aiken, c'est-à-dire 1 055 pieds carrés.¹⁶ Il a estimé en outre que 65,2 pour cent des établissements de restauration et 71,8 pour cent des débits de boissons auraient à l'époque été au-dessous d'une limite de 3 500 pieds carrés, et que 27 pour cent des établissements de vente au détail auraient été au-dessous d'une limite de 1 500 pieds carrés.

2.12 En 1999, Dun & Bradstreet, Inc. ("D&B") a été priée au nom de la Société américaine des compositeurs, auteurs et éditeurs (ASCAP) de mettre à jour l'étude du CRS sur la base des données de 1998 et des critères énoncés dans la modification de 1998. Dans cette étude, D&B a estimé que 70 pour cent des établissements de restauration et 73 pour cent des débits de boissons étaient

¹³ Voir les deuxièmes communications écrites des États-Unis (paragraphe 3) et des Communautés européennes (paragraphe 7).

¹⁴ La notion d'"œuvre musicale non dramatique" a été introduite dans l'article 110 5) par la modification de 1998. Toutefois, elle est également utilisée dans la Loi de 1976 sur le droit d'auteur pour un certain nombre d'autres limitations du droit de représentation ou exécution publique (article 110 2), 3), 4), 6) et 7)) et dans certaines dispositions concernant la réalisation de phonogrammes (article 115), les juke-boxes (article 116) et la radiodiffusion non commerciale (article 118), qui s'appliquent toutes aux œuvres musicales non dramatiques, mais pas aux œuvres dramatiques.

¹⁵ Voir la pièce n° 16 des CE.

¹⁶ L'affaire *Aiken* est exposée plus haut au paragraphe 2.6.

au-dessous de la limite de 3 750 pieds carrés et que 45 pour cent des établissements de vente au détail étaient au-dessous de la limite de 2 000 pieds carrés.¹⁷

2.13 Les études effectuées par l'Association nationale des restaurateurs (NRA) concernant ses membres montrent que 36 pour cent des restaurants avec service à la table (assuré par des serveurs) et 95 pour cent des restaurants à service rapide ont une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés.^{18,19}

2.14 Si la superficie d'un établissement dépasse les limites mentionnées au paragraphe 2.10 (il n'y a pas de superficie maximale), l'exception s'applique à condition que l'établissement n'excède pas les limites fixées pour le matériel utilisé. Les limites concernant le matériel sont différentes en ce qui concerne, d'une part, les exécutions audio et, d'autre part, les exécutions et présentations audiovisuelles. Les règles régissant les limitations relatives au matériel sont les mêmes pour les établissements de vente au détail et pour les restaurants au-delà des limites de superficie respectives.

2.15 Les sortes d'émissions visées par les deux alinéas A) et B) de l'article 110 5) comprennent les émissions originales radiodiffusées ou transmises par satellite, les rediffusions d'émissions originales transmises par des moyens terrestres ou par satellite, les retransmissions par câble d'émissions originales et les transmissions originales par câble ou autres transmissions par fil.²⁰ Les dispositions ne font pas de distinction entre les transmissions analogiques et les transmissions numériques.

2.16 L'article 110 5) ne s'applique pas à l'utilisation de musique enregistrée, comme les disques compacts ou les cassettes, ou à l'exécution d'œuvres musicales en direct.

2.17 Les détenteurs du droit d'auteur sur des œuvres musicales (compositeurs, paroliers et éditeurs d'œuvres musicales) confient normalement la concession de licences pour l'exécution publique dans un contexte non dramatique de leurs œuvres à des organisations de gestion collective ("CMO" ou organisations de gestion des droits d'exécution). Les trois principales CMO opérant dans ce domaine aux États-Unis sont l'ASCAP, Broadcast Music, Inc. (BMI) et SESAC, Inc. Les CMO concèdent des licences pour l'exécution publique d'œuvres musicales aux utilisateurs de musique, tels que les établissements de vente au détail et les restaurants, au nom des différents détenteurs de droits qu'elles représentent, recouvrent les droits de licence auprès de ces utilisateurs et répartissent les recettes sous forme de redevances entre les détenteurs de droits respectifs. Elles concluent normalement des accords de réciprocité avec les CMO d'autres pays pour la concession de licences relatives aux œuvres des détenteurs de droits que celles-ci représentent. Les recettes sont réparties entre les différents détenteurs de droits par les CMO qui représentent les détenteurs de droits en question. Les trois CMO des États-Unis susmentionnées concèdent des licences pour les exécutions publiques dans un contexte non dramatique d'œuvres musicales, y compris les interprétations dans un contexte non dramatique d'œuvres musicales "dramatiques".

¹⁷ Voir le paragraphe 49 de la première communication écrite des CE. Les CE font observer que les pourcentages mentionnés aux paragraphes 2.11 et 2.12 ne tiennent pas compte d'autres établissements bénéficiant de l'exception tels que hôtels, points de vente de services financiers, agents immobiliers et autres types de fournisseurs de services.

¹⁸ Voir la réponse des États-Unis à la question n° 9 du Groupe spécial et leur pièce confidentielle n° 18.

¹⁹ La pertinence des pourcentages indiqués aux paragraphes 2.11 et 2.13 pour l'affaire à l'étude, ainsi que les autres renseignements factuels et estimations communiqués par les parties concernant le nombre d'établissements ayant obtenu une licence des organisations de gestion collective et les recettes qu'elles perçoivent, seront examinés dans la section VI du présent rapport. Pour des renseignements complets, voir ci-joint les communications des parties.

²⁰ Voir la réponse des États-Unis à la question n° 5 du Groupe spécial.

III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES

3.1 Les Communautés européennes allèguent que les exceptions prévues aux alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis sont contraires aux obligations qui incombent aux États-Unis au titre de l'Accord sur les ADPIC. En particulier, elles allèguent que ces mesures des États-Unis sont incompatibles avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11 1) 2° et 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne (1971) et qu'elles ne peuvent être justifiées au titre d'aucune exception ou limitation expresse ou implicite admissible en vertu de la Convention de Berne (1971) ou de l'Accord sur les ADPIC. De l'avis des CE, ces mesures portent atteinte aux droits légitimes des titulaires du droit d'auteur, annulant et compromettant ainsi les droits des Communautés européennes.

3.2 Les Communautés européennes demandent au Groupe spécial de constater que les États-Unis ont manqué à leurs obligations au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11*bis* 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) et de recommander que les États-Unis rendent leur législation intérieure conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.

3.3 Les États-Unis soutiennent que l'article 110 5) de leur Loi sur le droit d'auteur est pleinement compatible avec leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. L'Accord, incorporant les dispositions de fond de la Convention de Berne (1971), permet aux Membres d'assortir de limitations mineures les droits exclusifs des titulaires du droit d'auteur. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC définit la norme à appliquer pour évaluer le caractère approprié de ces limitations ou exceptions. Les exceptions énoncées à l'article 110 5) relèvent de la norme définie à l'article 13.

3.4 Les États-Unis demandent au Groupe spécial de constater que les alinéas A) et B) de l'article 110 5) de leur Loi sur le droit d'auteur sont tous deux conformes à la norme définie à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et aux obligations de fond découlant de la Convention de Berne (1971). En conséquence, les États-Unis demandent au Groupe spécial de rejeter les allégations formulées en l'espèce par les Communautés européennes.

IV. ARGUMENTS DES PARTIES ET DES TIERCES PARTIES ET RENSEIGNEMENTS FACTUELS COMMUNIQUÉS PAR LE BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI

4.1 Les arguments des parties et des tierces parties sont exposés dans les communications qu'elles ont présentées au Groupe spécial (voir l'appendice 1 pour les Communautés européennes, l'appendice 2 pour les États-Unis et l'appendice 3 pour les tierces parties). La lettre adressée par la Présidente du Groupe spécial au Directeur général de l'OMPI et la réponse envoyée par ce dernier sont reproduites à l'appendice 4.²¹

V. RÉEXAMEN INTÉrimAIRE

5.1 Le 26 avril 2000, les Communautés européennes et les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de réexaminer, conformément à l'article 15:2 du Mémoire d'accord, des aspects précis du rapport intérimaire qui avait été remis aux parties le 14 avril 2000. Ni les Communautés européennes ni les États-Unis n'ont demandé que le Groupe spécial tienne une nouvelle réunion avec les parties. Dans une lettre datée du 1^{er} mai 2000, les États-Unis ont fait des observations au sujet de certaines des observations formulées par les CE.

²¹ Les pièces jointes aux communications et les annexes à la lettre du Directeur général de l'OMPI ne sont pas reproduites dans le présent rapport.

5.2 Les Communautés européennes ont fait des observations d'ordre rédactionnel et ont demandé des précisions sur le raisonnement du Groupe spécial:

- a) Les Communautés européennes ont estimé que la section III "Constatations et recommandations demandées par les parties" et la sous-section VI.A "Allégations" faisaient double emploi. Nous avons estimé qu'il était utile de présenter les principales allégations des parties dans chacune de ces sections.
- b) Dans la sous-section VI.B "Question préliminaire", les Communautés européennes ont suggéré d'abrégé le raisonnement du Groupe spécial relatif au traitement qu'il avait accordé à une lettre adressée par un cabinet juridique représentant l'ASCAP au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, dont une copie avait été communiquée au Groupe spécial. Nous avons modifié sur le plan rédactionnel le libellé du paragraphe 6.8.
- c) Comme les Communautés européennes l'ont proposé, nous avons supprimé la dernière phrase du paragraphe 6.27 du rapport intérimaire.
- d) S'agissant d'une observation des CE relative à la dernière phrase du paragraphe 6.41, nous avons jugé utile de noter que l'article 30 de la Convention de Vienne sur la relation entre des traités successifs portant sur la même matière n'était pas pertinent en l'espèce.
- e) Nous avons estimé qu'il n'était pas nécessaire de reformuler la déclaration que nous avons faite au paragraphe 6.93, selon laquelle la doctrine des exceptions mineures concernait *essentiellement* l'utilisation *de minimis*.
- f) Comme les Communautés européennes l'ont suggéré, nous avons accepté d'appeler l'étude établie en 1999 par la société Dun & Bradstreet à partir de données de 1998, l'étude de D&B de 1999.
- g) S'agissant de la deuxième phrase du paragraphe 6.140, les Communautés européennes ont souligné qu'elles avaient toujours mentionné les affaires *Claire's Boutique* et *Edison Bros.* comme des éléments de preuve indiquant que l'exception pour usage de type privé n'avait pas une portée restreinte, mais avait été appliquée à de grosses sociétés opérant à l'échelon national. Nous avons clarifié la phrase en indiquant qu'elle expose la façon dont *nous* croyons comprendre l'argumentation des CE.
- h) Les Communautés européennes nous ont demandé de clarifier le raisonnement que nous avons présenté au paragraphe 6.214. Nous avons estimé que ce raisonnement était suffisamment clair.
- i) Nous n'avons pas accepté de modifier la conclusion que nous avons formulée au paragraphe 7.1 a), en ajoutant, comme les Communautés européennes l'ont suggéré, après les mots "alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis, les mots "qui concerne exclusivement les œuvres musicales dramatiques".

5.3 Les États-Unis ont principalement fait des observations d'ordre rédactionnel et factuel:

- a) Nous avons accepté certaines suggestions d'ordre rédactionnel et avons apporté des modifications matérielles mineures aux paragraphes 6.97, 6.205 et 6.260 des constatations.

- b) Nous sommes convenus, comme les États-Unis l'ont demandé, de désigner leurs pièces n° 17 et 18 comme des "pièces confidentielles" étant donné qu'ils les avaient obtenues à titre confidentiel.
- c) En outre, comme les États-Unis l'ont proposé, nous avons supprimé une mention dans la note de bas de page 127, insérée dans la note de bas de page 173 des renseignements factuels spécifiques provenant de leurs réponses aux questions et ajouté des renseignements actualisés dans la note de bas de page 188.

VI. CONSTATATIONS

A. ALLÉGATIONS

6.1 Comme il est indiqué plus haut, les Communautés européennes allèguent que les exceptions prévues aux alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis sont contraires aux obligations qui incombent aux États-Unis au titre de l'Accord sur les ADPIC, et demandent au Groupe spécial de constater que les États-Unis ont manqué à leurs obligations au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) et de recommander que les États-Unis rendent leur législation intérieure conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.

6.2 Les États-Unis soutiennent que l'article 110 5) de leur Loi sur le droit d'auteur est pleinement compatible avec leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC, et demandent au Groupe spécial de constater que les alinéas A) et B) de l'article 110 5) de leur Loi sur le droit d'auteur sont tous deux conformes à la norme définie à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et aux obligations de fond découlant de la Convention de Berne (1971). En conséquence, les États-Unis demandent au Groupe spécial de rejeter les allégations formulées en l'espèce par les Communautés européennes.

B. QUESTION PRÉLIMINAIRE

6.3 Avant d'examiner les aspects de fond du présent différend, nous allons étudier la façon de traiter une lettre adressée par un cabinet juridique représentant l'ASCAP au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ("USTR") dont une copie a été communiquée au Groupe spécial.

6.4 Par une lettre adressée à un cabinet juridique représentant l'ASCAP et datée du 16 novembre 1999²², l'USTR a demandé des renseignements à l'ASCAP concernant les questions n° 9 à 11 posées par le Groupe spécial aux États-Unis, qui étaient reproduites dans la lettre.²³ Le cabinet juridique a répondu à l'USTR par une lettre datée du 3 décembre 1999. Il a communiqué au Groupe spécial une copie de cette lettre, adressée à l'USTR. Le Groupe spécial a reçu cette copie le 8 décembre 1999. Il a transmis la lettre aux deux parties et les a invitées à faire des observations à son sujet si elles le souhaitent.

6.5 Dans une lettre datée du 17 décembre 1999, les États-Unis ont, entre autres, pris leurs distances par rapport aux positions exprimées par le cabinet juridique dans sa lettre et ont souligné qu'à leur avis cette dernière n'avait guère de valeur probante pour le Groupe spécial parce qu'elle contenait pour l'essentiel aucune donnée factuelle qui n'ait pas déjà été communiquée par l'une ou l'autre partie. Mais les États-Unis étaient en général favorables à l'idée que des parties privées avaient

²² Pièce n° 19 a) des États-Unis. L'USTR a envoyé une lettre semblable à BMI, pièce n° 19 b) des États-Unis.

²³ Ces questions et les réponses communiquées par les États-Unis figurent à l'Appendice 2.3 du rapport.

le droit de faire connaître leurs vues aux groupes spéciaux chargés du règlement des différends dans le cadre de l'OMC.

6.6 Dans une lettre datée du 12 janvier 2000, les Communautés européennes ont dit qu'elles n'avaient pas d'observation de fond à faire au sujet de la lettre. Tout en se félicitant de la contribution de l'ASCAP à l'affaire à l'étude, elles estimaient que la lettre n'ajoutait aucun élément nouveau à ce qui avait déjà été dit par l'une ou l'autre des parties. Se référant à l'interprétation de l'article 13 du Mémoire d'accord que l'Organe d'appel a donnée dans son rapport sur l'affaire *États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*²⁴, les Communautés européennes ont également fait observer qu'à leur avis, le pouvoir des groupes spéciaux se limitait à l'examen des renseignements factuels et des avis techniques donnés par des personnes ou des organismes étrangers au différend et ne comportait donc pas la possibilité pour un groupe spécial d'accepter tout argument juridique ou toute interprétation juridique présenté par ces personnes ou organismes.

6.7 Selon l'article 13 du Mémoire d'accord, "chaque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques ...". Nous rappelons que dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel a avancé au sujet du traitement, par un groupe spécial, de renseignements non demandés ce qui suit: "il n'y a pas lieu d'assimiler le pouvoir de demander des renseignements à une interdiction d'accepter des renseignements qui ont été présentés à un groupe spécial sans avoir été demandés. Un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, qu'il les ait ou non demandés..."²⁵

6.8 En l'espèce, nous ne rejetons pas catégoriquement les renseignements contenus dans la lettre adressée par le cabinet juridique représentant l'ASCAP à l'USTR dont une copie a été communiquée au Groupe spécial. Nous rappelons que l'Organe d'appel a reconnu le pouvoir qu'avaient les groupes spéciaux d'accepter des renseignements non demandés. Toutefois, nous partageons l'avis exprimé par les parties selon lequel cette lettre pour l'essentiel fait double emploi avec des renseignements qu'elles ont déjà communiqués. Nous soulignons également que la lettre n'était pas adressée au Groupe spécial mais que celui-ci en a simplement reçu une copie. En conséquence, sans avoir refusé la copie de la lettre, nous ne nous sommes pas fondés sur elle pour établir notre raisonnement ou nos constatations.

C. CHARGE DE LA PREUVE

6.9 Avant de passer aux aspects de fond du différend à l'étude, nous allons également examiner la question de la charge de la preuve.

6.10 Nous notons que les États-Unis ne contestent pas que les alinéas A) et B) de l'article 110 5) impliquent les articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC. Mais nous rappelons également leur déclaration selon laquelle la question de savoir si ces alinéas sont compatibles avec ces articles ne peut pas être tranchée sans examiner à la fois la portée des droits qu'ils confèrent et les exceptions à ces droits qui sont autorisées. De l'avis des États-Unis, ce n'est que si les alinéas A) et B) de l'article 110 5) n'entrent pas dans le cadre des exceptions pertinentes prévues dans l'Accord sur les ADPIC qu'une constatation d'incompatibilité pourra être établie.²⁶

²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, adopté le 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R, paragraphes 99 à 110.

²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, *op. cit.*, paragraphe 108.

²⁶ Réponse à la question n° 2 que le Groupe spécial a posée aux États-Unis à la première réunion de fond.

6.11 Nous rappelons en outre que les Communautés européennes soutiennent qu'elles doivent simplement établir l'existence d'une incompatibilité de l'article 110 5) avec une disposition quelconque de l'Accord sur les ADPIC (y compris les dispositions de la Convention de Berne (1971) qui y sont incorporées). Une fois que cette incompatibilité est établie par le plaignant (ou admise par le défendeur), de l'avis des Communautés européennes, il incombe aux États-Unis d'invoquer une exception et de prouver son applicabilité.²⁷

6.12 Rappelant les principes énoncés dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*²⁸, nous notons que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption.

6.13 Conformément à la pratique antérieure de l'OMC en matière de règlement des différends²⁹, nous estimons qu'il incombe aux Communautés européennes d'établir une violation *prima facie* des droits fondamentaux qui ont été prévus par les dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives au droit d'auteur, y compris les dispositions de la Convention de Berne (1971) qui y ont été incorporées par référence. Suivant le même principe, une fois que les Communautés européennes ont réussi à le faire, il incombe aux États-Unis d'établir qu'une exception ou limitation quelconque est applicable et que les conditions nécessaires, le cas échéant, pour invoquer une telle exception sont remplies.

6.14 Les mêmes règles s'appliquent lorsque l'existence d'un fait spécifique est alléguée. Nous notons qu'il appartient à une partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, d'en apporter la preuve. C'est à la partie qui allègue le fait de prouver l'existence de ce dernier. Il incombe ensuite à l'autre partie de présenter des éléments de preuve en sens contraire si elle conteste l'existence de ce fait.

6.15 Toutes les parties ont le devoir de produire des éléments de preuve et de coopérer pour présenter des éléments de preuve au Groupe spécial, mais il faut distinguer cette question de celle de savoir à qui incombe en dernier ressort la charge de la preuve pour établir une allégation ou un moyen de défense.

6.16 Nous concluons en conséquence qu'il appartient aux Communautés européennes d'établir *prima facie* que l'article 110 5) A) et B) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis est incompatible avec les dispositions de l'Accord sur les ADPIC (y compris celles de la Convention de Berne (1971)

²⁷ Première communication écrite des Communautés européennes, paragraphe 74; deuxième communication écrite des Communautés européennes, paragraphe 34.

²⁸ Dans l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit: "... il appartient à la partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, d'en apporter la preuve. Par ailleurs, un critère de la preuve généralement admis en régime "code civil", en régime "common law" et, en fait, dans la plupart des systèmes juridiques, et que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption." (Notes de bas de page omises.) Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, pages 15 et 16.

²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 25; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*, adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, pages 15 et 16.

qui y sont incorporées). Si les Communautés européennes n'établissent pas une telle violation, il va sans dire que les États-Unis n'auraient pas à invoquer une quelconque justification ou exception. Toutefois, nous estimons également qu'il appartient aux États-Unis de prouver qu'une exception ou limitation quelconque est applicable et que toutes conditions pertinentes sont remplies puisque c'est à cette partie qu'incombe en dernier ressort la charge de la preuve pour invoquer des exceptions.³⁰ Au vu des déclarations que les deux parties ont faites au Groupe spécial à la première réunion de fond, nous croyons comprendre qu'elles ne sont pas en désaccord avec notre interprétation concernant l'attribution de la charge de la preuve telle qu'elle est exposée ci-dessus.

D. ASPECTS DE FOND DU DIFFÉREND

1. Considérations générales sur les droits exclusifs concernés et les limitations y relatives

a) Droits exclusifs impliqués par les allégations des CE

6.17 Les articles 9 à 13 de la section 1 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC intitulée "Droit d'auteur et droits connexes" traitent des normes fondamentales de la protection du droit d'auteur. L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC oblige les Membres de l'OMC à se conformer aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971) (à l'exception de l'article *6bis* relatif aux droits moraux et aux droits qui en sont dérivés) et à l'Annexe de ladite Convention.³¹ Les Communautés européennes allèguent que les alinéas A) et B) de l'article 110 5) sont incompatibles principalement avec l'article 11*bis* 1) 3°, mais aussi avec l'article 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC.

6.18 Nous notons que du fait de leur incorporation, les règles de fond de la Convention de Berne (1971), y compris les dispositions des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°, sont devenues partie intégrante de l'Accord sur les ADPIC et en tant que dispositions dudit accord doivent être considérées comme s'appliquant aux Membres de l'OMC.

i) Article 11*bis* de la Convention de Berne (1971)

6.19 La disposition qui présente un intérêt particulier pour le différend à l'étude est l'article 11*bis* 1) 3°.³² L'article 11*bis* 1) dispose ce qui suit:

"Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser:

1° la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons et les images;

2° toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine;

³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 25.

³¹ Article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC: "Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention. Toutefois, les Membres n'auront pas de droits ni d'obligations au titre du présent accord en ce qui concerne les droits conférés par l'article *6bis* de ladite Convention ou les droits qui en sont dérivés."

³² L'article 11*bis* a été introduit dans la Convention de Berne à l'occasion de la Révision de Rome (1928) et précisé lors de la Révision de Bruxelles (1948) à la lumière des progrès technologiques.

3° la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée."

6.20 À la lumière de l'article 2 de la Convention de Berne (1971), les œuvres "artistiques" au sens de l'article 11*bis* 1) comprennent les œuvres musicales non dramatiques et autres. Chacun des alinéas de l'article 11*bis* 1) confère un droit exclusif distinct; l'exploitation d'une œuvre selon un mode visé par l'un quelconque de ces alinéas exige une autorisation du détenteur du droit. Par exemple, la communication publique d'une œuvre radiodiffusée crée un nouveau public et donne prise au droit exclusif du détenteur du droit d'autoriser cette nouvelle représentation ou exécution publique de son œuvre dont il peut attendre une rémunération.

6.21 Le droit prévu au sous-alinéa 1° de l'article 11*bis* 1) est d'autoriser la radiodiffusion d'une œuvre et la communication publique de cette œuvre par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images. Il s'applique à la fois aux émissions de radiodiffusion et aux émissions de télévision. Le sous-alinéa 2° concerne l'utilisation ultérieure de cette émission; le droit exclusif de l'auteur couvre toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine.

6.22 Le sous-alinéa 3° prévoit un droit exclusif d'autoriser la communication publique de l'œuvre radiodiffusée par haut-parleur, sur un écran de télévision ou par tout autre moyen analogue. Cette communication représente une nouvelle exécution publique d'une œuvre faisant l'objet d'une émission de radiodiffusion, et il faut pour cela une licence concédée par le détenteur du droit.³³ Aux fins du présent différend, les allégations formulées par les Communautés européennes au titre de l'article 11*bis* 1) concernent uniquement le sous-alinéa 3°.³⁴

ii) *Article 11 de la Convention de Berne (1971)*

6.23 Sont également pertinents en l'espèce les droits exclusifs conférés par l'article 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971). L'article 11 1) dispose ce qui suit:

³³ Le Guide de la Convention de Berne, publié par l'OMPI en 1978 ("Guide de la Convention de Berne"), donne l'explication suivante au sujet de la situation prévue par l'article 11*bis* 1) 3°: "Ce cas, dans la vie moderne, se produit de plus en plus fréquemment: là où les hommes se réunissent, la tendance est d'agrémenter l'ambiance par de la musique (cafés, restaurants, salons de thé, hôtels, grands magasins, wagons de chemins de fer, avions, etc.). ... La question se pose dès lors de savoir si la permission de radiodiffuser [téléviser] une œuvre qui est accordée au poste émetteur englobe ou non toute utilisation quelconque de l'émission, et entre autres la communication publique par haut-parleur, surtout si des buts lucratifs viennent à être poursuivis. ... La Convention y répond par la négative en accordant à l'auteur, ici aussi, un droit exclusif. De la même façon que dans le cas où la réception d'une émission est suivie d'une communication publique visant un nouveau cercle d'auditeurs [ou de téléspectateurs], soit au moyen d'une nouvelle émission soit au moyen d'une transmission par fil (voir 1° et 2° de l'alinéa 1)) la communication publique par haut-parleur (ou instrument analogue) est considérée comme atteignant un nouveau public, différent de celui que l'auteur avait en vue lorsqu'il autorisait la radiodiffusion de son œuvre. En effet, bien que par définition la radiodiffusion puisse atteindre un nombre indéterminé de personnes, l'auteur en autorisant ce mode d'exploitation de son œuvre ne prend en considération que les usagers directs; c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions. À partir du moment où cette captation se fait à l'intention d'un auditoire se situant sur une plus large échelle, et parfois à des fins lucratives, une fraction nouvelle du public réceptonnaire est admise à bénéficier de l'écoute [ou de la vision] de l'œuvre et la communication de l'émission par haut-parleur (ou instrument analogue) n'est plus la simple réception de l'émission elle-même mais un acte indépendant par lequel l'œuvre émise est communiquée à un nouveau public. Cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur de l'autoriser." Voir Guide de la Convention de Berne, paragraphe 11*bis*.11 et 11*bis*.12, page 80.

³⁴ Réponse des CE à la question n° 8 du Groupe spécial; paragraphes 41 à 46 de la déclaration orale faite par les CE à la première réunion avec le Groupe spécial; paragraphes 61 à 72 de la première communication écrite des CE.

"Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser:

1° la représentation et l'exécution publiques de leurs œuvres, y compris la représentation et l'exécution publiques par tous les moyens ou procédés;

2° la transmission publique par tous moyens de la représentation ou de l'exécution de leurs œuvres."

6.24 Comme dans le cas de l'article 11*bis* 1) de la Convention de Berne (1971), qui concerne la radiodiffusion publique et la communication publique d'une œuvre radiodiffusée, les droits exclusifs conférés par l'article 11 couvrent l'exécution *publique*; une autorisation n'est pas nécessaire pour l'exécution privée. L'exécution publique comprend l'exécution par tous moyens ou procédés, tels que l'exécution au moyen d'enregistrements (par exemple, disques compacts, cassettes et vidéos).³⁵ Elle comprend également la communication publique d'une exécution de l'œuvre. Les allégations formulées par les Communautés européennes au titre de l'article 11 1) de la Convention de Berne (1971) visent uniquement le sous-alinéa 2° de cet article.

6.25 S'agissant du rapport entre les articles 11 et 11*bis*, nous notons que les droits conférés par l'article 11 1) 2° concernent la transmission publique des représentations ou exécutions des œuvres en général. L'article 11*bis* 1) 3° est une règle spécifique conférant des droits exclusifs en ce qui concerne la communication publique par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, d'une œuvre radiodiffusée.

6.26 Comme il est dit plus haut dans la section III, les Communautés européennes formulent des allégations à l'encontre de l'article 110 5) essentiellement au titre de l'article 11*bis* 1) 3° qui vise la communication publique d'une œuvre radiodiffusée qui a été transmise en un certain point par la voie hertzienne. Mais les allégations des CE portent également sur l'article 11 1) 2° dans la mesure où une communication publique concerne des situations où la transmission a été faite entièrement par fil.

6.27 Nous croyons comprendre comme les parties qu'une communication publique par haut-parleur d'une exécution d'une œuvre transmise par des moyens autres que la voie hertzienne est couverte par les droits exclusifs conférés par l'article 11 1) de la Convention de Berne (1971).³⁶ En outre, nous notons que les deux parties estiment que c'est le troisième droit exclusif relevant de l'article 11*bis* 1) 3° – c'est-à-dire le droit de l'auteur d'autoriser la communication publique d'une œuvre radiodiffusée par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue – qui est principalement en cause dans le présent différend. Mais nous notons également qu'il n'y a pas de désaccord entre les parties sur le fait que les deux alinéas A) et B) de l'article 110 5) impliquent les deux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°, quoique à des degrés divers.³⁷

³⁵ Toutefois, l'exécution publique au moyen d'œuvres cinématographiques est traitée séparément à l'article 14 1) 2° de la Convention de Berne. La représentation publique d'une œuvre littéraire ou la transmission publique de la récitation font l'objet de l'article 11*ter* de la Convention de Berne.

³⁶ À cet égard, nous rappelons l'explication donnée dans le Guide de la Convention de Berne: [le] droit de représentation ou d'exécution publique attribue à l'auteur le droit exclusif d'autoriser la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de son œuvre. Les termes "par tous moyens" doivent s'entendre de la cinématographie, de la transmission par fil mais non de la radiodiffusion, car celle-ci est régie par des dispositions spéciales (article 11*bis*). À titre d'exemple, un organisme de radiodiffusion procède à une émission sans fil qui comporte un concert de musique de chambre: c'est l'article 11*bis* qui est applicable. Cet organisme lui-même ou une entreprise spécialisée communique ce concert par un réseau téléphonique à des abonnés: c'est du ressort de l'article 11." Guide de la Convention de Berne, paragraphe 11.5, page 75.

³⁷ Réponse des CE à la question n° 8 du Groupe spécial; paragraphe 41 à 46 de la déclaration orale faite par les CE à la première réunion avec le Groupe spécial; paragraphes 61 à 72 de la première

6.28 Les deux dispositions, c'est-à-dire les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971), ne sont impliquées que si l'opération de radiodiffusion ou de communication comporte un élément *public*. Nous notons qu'aucune des parties ne conteste que la diffusion de musique au moyen d'un appareil de radio ou de télévision par des établissements visés par l'article 110 5) représente une communication rendue *publique* au sens des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971). Nous partageons l'avis des parties sur ce point.³⁸

6.29 Comme il est indiqué plus haut, les États-Unis reconnaissent que les alinéas A) et B) de l'article 110 5) impliquent les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971). En conséquence, la principale question dont le présent Groupe spécial est saisi consiste à savoir quelles exceptions invoquées au titre de l'Accord sur les ADPIC sont pertinentes en l'espèce et si les conditions régissant leur invocation sont remplies de manière à justifier les exceptions énoncées aux alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis.

b) Limitations et exceptions

i) *Introduction*

6.30 Une question essentielle qui se pose en l'espèce concerne l'interprétation et l'application aux faits de la présente cause de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Le moyen de défense invoqué par les États-Unis y est étroitement lié. Les États-Unis estiment que l'article clarifie et énonce la doctrine des "exceptions mineures" applicable en vertu de certaines dispositions de la Convention de Berne (1971) et incorporée dans l'Accord sur les ADPIC. Mais la détermination concernant le différend soulève d'autres questions, par exemple des questions au sujet du rapport entre l'article 13 et la doctrine des "exceptions mineures" élaborée relativement aux articles 11 et 11*bis* 1) et 2) de la Convention de Berne (1971) et incorporée dans l'Accord sur les ADPIC en vertu de l'article 9:1 dudit accord. En conséquence, bien que l'argumentation des États-Unis repose sur l'article 13, la détermination concernant les questions en jeu entre les parties fait intervenir des considérations au-delà de celles qui découlent de la simple application de l'article 13 aux faits de la présente cause.

6.31 L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, intitulé "Limitations et exceptions", est la clause d'exception générale applicable aux droits exclusifs des détenteurs du droit d'auteur. Il dispose ce qui suit:

"Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit."

communication des CE; réponse des États-Unis à la question n° 2 que le Groupe spécial leur a posée. Les États-Unis soulignent toutefois qu'il ne peut pas être constaté qu'ils enfreignent les articles 11 et/ou 11*bis* si les alinéas A) et B) de l'article 110 5) satisfont aux prescriptions des exceptions ou limitations pertinentes prévues dans l'Accord sur les ADPIC.

³⁸ Nous notons que l'article 101 de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis contient la définition suivante: "Représenter ou exécuter, ou présenter, une œuvre "en public" signifie

1) la représenter ou l'exécuter, ou la présenter, en un lieu accessible au public ou en tout lieu où sont réunies un nombre important de personnes étrangères au cercle normal d'une famille et de son entourage; ou

2) transmettre ou communiquer de toute autre manière une représentation ou exécution, ou une présentation, de l'œuvre en tout lieu spécifié au sous-alinéa 1) ou bien au public, au moyen d'un dispositif ou d'un procédé, que les membres du public qui peuvent recevoir une telle transmission ou communication la reçoivent dans le même lieu ou dans des lieux différents, au même moment ou à des moments différents."

6.32 Nous examinons la portée de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC dans la sous-section iv) de la présente section (paragraphe 6.71 et suiv.). Dans la deuxième partie du présent rapport (paragraphe 6.97 et suiv.) nous appliquerons les trois conditions énoncées dans cet article aux alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis.

ii) *Résumé des arguments formulés par les parties*

6.33 Les États-Unis estiment que l'Accord sur les ADPIC incorporant les dispositions de fond de la Convention de Berne (1971), permet aux Membres d'assortir de limitations mineures les droits exclusifs des titulaires du droit d'auteur. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC définit la norme permettant d'évaluer le caractère approprié de ces limitations ou exceptions. Les exceptions énoncées à l'article 110 5) relèvent de la norme définie à l'article 13.

6.34 Le principal argument des CE concernant l'article 13 est qu'il s'applique uniquement aux droits exclusifs nouvellement introduits dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et que les droits conférés au titre des articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC ne peuvent faire l'objet d'une dérogation qu'en raison d'exceptions préexistantes applicables en vertu de la Convention de Berne (1971). De l'avis des CE, leur position est étayée par l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 20 de la Convention de Berne (1971), qu'elles interprètent comme une prohibition de toute dérogation aux normes de protection existantes dans le cadre de la Convention de Berne (1971).

6.35 De l'avis des États-Unis, l'article 13 s'applique à toutes les dispositions relatives au droit d'auteur de l'Accord sur les ADPIC, y compris les articles de la Convention de Berne (1971) qui y sont incorporés. En ce qui concerne les articles 11*bis* 1) et 11 1) de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, les États-Unis estiment que l'article 13 clarifie et énonce la portée de la doctrine dite des "exceptions mineures"³⁹, qui s'applique aux droits exclusifs prévus dans ces articles. En conséquence, ils font valoir que l'article 13 définit la norme au regard de laquelle il faut évaluer l'admissibilité des limitations des droits exclusifs en question ou "exceptions mineures" à ces droits.

6.36 Subsidiairement à leur argument mentionné plus haut au paragraphe 6.34, les Communautés européennes soutiennent que même si l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC était considéré comme applicable aux droits exclusifs prévus dans les dispositions de la Convention de Berne incorporées dans l'Accord sur les ADPIC, son rôle serait de restreindre la portée des limitations et exceptions préexistantes prévues par ces dispositions de la Convention de Berne. Les Communautés européennes reconnaissent que la doctrine des exceptions mineures a été mentionnée dans les débats qui ont eu lieu au cours des conférences diplomatiques pour la révision de la Convention de Berne tenues à Bruxelles en 1948⁴⁰ et à Stockholm en 1967⁴¹, mais considèrent que sa portée précise et son statut juridique dans le cadre de la Convention de Berne ne sont pas clairs. À leur avis, la portée des limitations autorisées en vertu de la doctrine des exceptions mineures est limitée à la représentation ou exécution publique d'œuvres au cours de cérémonies religieuses, par des fanfares militaires et pour les nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. Elles ajoutent que ces utilisations se distinguent par leur caractère non commercial. Elles font également valoir que la doctrine des exceptions mineures était censée établir l'"antériorité" uniquement des exceptions préexistantes qui figuraient dans la législation nationale avant la Conférence diplomatique de Stockholm de 1967, quel que soit le moment où un pays donné adhérerait à la Convention de Berne.⁴²

³⁹ Voir l'explication donnée plus loin aux paragraphes 6.45 et suiv.

⁴⁰ Conférence diplomatique de Bruxelles pour la révision de la Convention de Berne, 5–6 juin 1948.

⁴¹ Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, 11 juin–14 juillet 1967.

⁴² Voir, entre autres, la deuxième communication écrite des Communautés européennes, paragraphes 16, 17, 22, 23, 27 et 28.

6.37 Les États-Unis estiment que la doctrine des exceptions mineures constitue une pratique ultérieure des membres de l'Union de Berne au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités ("Convention de Vienne"). À leur avis, elle ne se limite pas aux exemples spécifiques mentionnés dans les rapports des Conférences diplomatiques de Bruxelles et de Stockholm. Il n'y a pas de prescription voulant que les utilisations visées par les exceptions aient un caractère non commercial. En outre, la doctrine des exceptions mineures ne se limite pas aux exceptions préexistantes en vigueur avant 1967 ou toute autre date.⁴³

6.38 En ce qui concerne les droits exclusifs conférés par l'article 11*bis* 1), les Communautés européennes considèrent que ni la doctrine des exceptions mineures ni l'article 13 ne peuvent être appliqués indépendamment de la prescription énoncée à l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne (1971) selon laquelle il faut assurer une rémunération équitable. À leur avis, une exception aux droits exclusifs en question doit assurer, au minimum, une rémunération équitable au détenteur du droit, outre qu'elle doit remplir les trois conditions énoncées à l'article 13. À leur avis, une rémunération équitable peut être assurée par des moyens autres que des licences obligatoires⁴⁴ et le champ d'application de l'article 11*bis* 2) englobe donc toutes les exceptions aux droits exclusifs conférés par l'article 11*bis* 1). Les Communautés européennes se réfèrent également à l'argumentation détaillée étayant cette interprétation que l'Australie a présentée dans sa communication en tant que tierce partie.⁴⁵

6.39 Les États-Unis répondent qu'il y a une différence fondamentale entre les exceptions aux droits exclusifs et les licences obligatoires. L'article 11*bis* 2) autorise simplement un pays à remplacer un droit exclusif prévu à l'article 11*bis* 1) par une licence obligatoire, ou son équivalent. Ni l'historique de la négociation de la Convention de Berne ni les écrits rédigés ultérieurement par des commentateurs n'étaient le point de vue selon lequel l'article 11*bis* 2) autorise des exceptions pures et simples à l'article 11*bis* ou constitue une norme permettant d'évaluer de telles exceptions. En conséquence, l'article 11*bis* 2) ne se rapporte pas à la doctrine des exceptions mineures et n'a pas d'incidence sur la portée des exceptions admissibles en vertu de cette doctrine.⁴⁶

6.40 Nous allons ci-après examiner tout d'abord le statut juridique et la portée de la doctrine des exceptions mineures dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, puis l'applicabilité de l'article 13 aux droits prévus dans les dispositions de la Convention de Berne (1971), en particulier les articles 11*bis* 1) et 11 1), tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC. Nous examinerons enfin la pertinence en l'espèce de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne (1971).

6.41 Lorsque nous examinons ces points, la question qui se pose est celle de savoir quels sont les liens entre les conditions nécessaires pour invoquer les exceptions prévues par la Convention de Berne (1971), en particulier dans le cadre de la doctrine des exceptions mineures et de l'article 11*bis* 2), et les conditions nécessaires pour invoquer l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Nous notons que l'article 30 de la Convention de Vienne⁴⁷ sur l'application de traités successifs n'est

⁴³ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 16 à 22.

⁴⁴ Les Communautés européennes notent qu'"[i]l semblerait qu'un pays puisse fixer des niveaux minimaux ou précis de redevances à acquitter pour les différentes utilisations protégées par l'article 11*bis* de la Convention de Berne. Un autre moyen d'assurer une rémunération équitable serait l'adoption d'un système de taxes applicables au matériel audio/télévisuel acheté par l'établissement autorisé à diffuser sans autorisation des œuvres protégées par un droit d'auteur, le produit des taxes ainsi recouvrées étant distribué aux détenteurs du droit." Voir la réponse des CE à la question n° 12 que le Groupe spécial leur a posée.

⁴⁵ Communication écrite de l'Australie, paragraphes 2.8 à 2.14, 3.7 à 3.14, 4.3 et 4.8.

⁴⁶ Paragraphes 23 et 24 de la deuxième communication écrite des États-Unis; voir également la réponse des États-Unis à la question n° 6 que le Groupe spécial a posée aux deux parties.

⁴⁷ Les parties pertinentes de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités disposent de ce qui suit: "...

pas pertinent à cet égard, parce que toutes les dispositions de l'Accord sur les ADPIC – y compris les articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971) incorporés à l'Accord – sont entrées en vigueur au même moment.

iii) *Doctrine des exceptions mineures*

6.42 Comme nous l'avons noté plus haut, les États-Unis sont d'avis que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC clarifie et énonce la portée de la doctrine des exceptions mineures, laquelle est applicable dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Avant d'examiner l'applicabilité de l'article 13 aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, nous examinerons tout d'abord si la doctrine des exceptions mineures s'applique dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Cet examen comporte une analyse en deux étapes. Au cours de la première étape, nous analysons dans quelle mesure cette doctrine fait partie de l'acquis de la Convention de Berne; ce faisant, nous examinerons également les différents points de vue des parties quant à la portée de la doctrine. La deuxième étape consiste à analyser si cette doctrine, au cas où nous constaterions qu'elle s'applique dans le cadre de certains articles de la Convention de Berne (1971), a été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC, en vertu de l'article 9:1 dudit accord, en même temps que les articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971).

Règles générales d'interprétation

6.43 Comme des groupes spéciaux de l'OMC et l'Organe d'appel l'ont souvent indiqué, les règles fondamentales d'interprétation des traités sont l'article 31⁴⁸ "Règle générale d'interprétation" et l'article 32 "Moyens complémentaires d'interprétation" de la Convention de Vienne. Nous notons que, conformément à l'article 31 1) de la Convention de Vienne, nous devons interpréter de bonne foi les dispositions relevant de notre mandat suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Nous avons déjà examiné les termes de ces articles. Mais notre tâche ne s'arrête pas là. Le sens ordinaire doit être attribué aux termes d'un traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.⁴⁹

6.44 À cet égard, nous notons que l'article 31 2) de la Convention de Vienne dispose ce qui suit:

2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur:

a) dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3;

b) dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques. ..."

⁴⁸ "Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but."

⁴⁹ Pour lire les termes d'un traité dans leur contexte il faut bien entendu lire le texte du traité dans son ensemble. On ne peut pas simplement porter son attention sur un paragraphe, un article, une section, un chapitre ou une partie. (Cf. Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2nd ed.), Manchester (1984), page 127.). Voir également: Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, page 8; Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, page 69; Service postal polonais à Dantzig, C.P.J.I., Série B, n° 11, page 39. Yasseen note que "[d]'autres dispositions plus ou moins éloignées risquent d'apporter une exception à la disposition qu'il s'agit d'interpréter ou de poser une condition à la mise en oeuvre de cette disposition". Voir Yasseen, *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités*, 151 Recueil des Cours (1976-III), page 34.

"Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité; ..."⁵⁰

6.45 La Commission du droit international explique dans son commentaire concernant la série finale de projets d'articles sur le droit des traités que cette disposition se fonde sur le principe selon lequel un document de caractère unilatéral ne saurait être considéré comme faisant partie du contexte à moins que non seulement il ait été établi à l'occasion de la conclusion du traité, mais encore qu'il ait été reconnu par les autres parties comme se rapportant au traité.⁵¹ "Par ailleurs, si le paragraphe 2 reconnaît que ces deux catégories de documents font partie du "contexte", il ne faut pas en déduire que ces documents doivent nécessairement être considérés comme faisant partie intégrante du traité; cela dépend, en effet, de l'intention des parties dans chaque cas."⁵² Il est essentiel que l'accord ou l'instrument soit en rapport avec le traité. Il doit concerner la substance du traité et clarifier certains concepts énoncés dans le traité ou limiter son domaine d'application.⁵³ Il doit également être élaboré à l'occasion de la conclusion du traité.⁵⁴ Tout accord ou instrument satisfaisant à ces critères fera partie du "contexte" du traité et sera donc considéré non pas comme une partie des travaux préparatoires mais plutôt comme un élément de la règle générale d'interprétation.⁵⁵

6.46 De même, des interprétations incontestées données à une conférence, par exemple par le président d'un comité de rédaction, peuvent constituer un "accord" faisant partie du "contexte".⁵⁶ Par contre, les déclarations interprétatives ou explicatives faites par les membres d'un comité de rédaction à titre personnel devraient être considérées, si tant est qu'elles soient à prendre en compte, comme faisant simplement partie des travaux préparatoires. Nous rappelons à cet égard que, conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne, les travaux préparatoires d'un traité peuvent être pris en considération en tant que moyens complémentaires d'interprétation, ainsi que les circonstances dans

⁵⁰ L'alinéa b) de l'article 31 2) dispose qu'aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend également: "tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité".

⁵¹ Sinclair, *op. cit.*, page 129.

⁵² Annuaire de la Commission du droit international (1966-II), page 241.

⁵³ Yasseen, L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités, *op. cit.*, page 37; cité par Sinclair, *op. cit.*, page 129.

⁵⁴ "Il y a ici une certaine notion de contemporanéité, l'une ou l'autre peut être concomitante à cette conclusion, mais il peut la précéder ou la suivre sans s'en éloigner trop. Cette condition est justifiée par l'idée même du contexte." Voir: Yasseen, *op. cit.*, paragraphe 16, page 38.

⁵⁵ Sinclair, *op. cit.*, page 129. Sinclair cite l'exemple du Conseil de l'Europe, où les experts gouvernementaux chargés de négocier et d'élaborer une convention internationale sur un sujet donné, établissent, parallèlement au texte de la convention, un rapport explicatif qui indique le cadre et les circonstances dans lesquels la convention a été élaborée et qui analyse ensuite le texte, article par article. Le rapport explicatif est approuvé à l'unanimité par les experts gouvernementaux chargés d'établir le texte de la convention et il est adopté en même temps que le texte de la convention.

⁵⁶ "De plus, la procédure de certaines conférences générales permet, sans adoption de résolution formelle, de discerner un accord qui fait partie du contexte. Des explications concernant une disposition pourront être données, avant le vote de cette disposition par une personne chargée par la conférence d'une certaine fonction. Le président du comité de rédaction peut, en tant que tel, être appelé à préciser le sens d'une disposition telle qu'elle est adoptée par ce comité. Si la déclaration n'a pas été contredite ou du moins pas sérieusement, et si la disposition ainsi clarifiée est acceptée par un vote à la majorité requise, il est possible de soutenir que cette acceptation s'étend à ladite déclaration, qui peut ainsi être considérée comme la base d'un accord faisant partie du contexte. Tout se ramène ici à une question de preuve susceptible d'être élucidée par les circonstances qui ont entouré l'adoption de la disposition dont il s'agit." Voir: Yasseen, *op. cit.*, paragraphe 20, page 39.

lesquels le traité a été conclu, entre autres, en vue de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 de ladite Convention.

Statut juridique de la doctrine des exceptions mineures dans le cadre de la Convention de Berne

6.47 Nous allons maintenant appliquer ces règles fondamentales d'interprétation aux dispositions de la Convention de Berne (1971) relevant de notre mandat, en vue de déterminer le statut juridique de la doctrine des exceptions mineures en rapport avec les articles 11*bis* 1) et 11 1) de ladite convention.

6.48 Nous notons que, outre les dispositions explicites relatives aux limitations et exceptions admissibles concernant les droits exclusifs spécifiés dans le texte de la Convention de Berne (1971), les rapports des conférences successives de révision de cette convention font état d'"exceptions implicites" autorisant les pays membres à prévoir des limitations et des exceptions concernant certains droits. La doctrine dite des "petites réserves" ou "exceptions mineures" est mentionnée au sujet du droit d'exécution publique et de certains autres droits exclusifs.⁵⁷ En vertu de cette doctrine, les membres de l'Union de Berne peuvent assortir d'exceptions mineures les droits prévus, entre autres, aux articles 11*bis* et 11 de la Convention de Berne (1971).⁵⁸

6.49 Cette possibilité, offerte à tous les membres de l'Union de Berne, de prévoir des exceptions à certains droits exclusifs est le plus souvent désignée sous le nom de doctrine des "petites réserves". Toutefois, cette terminologie est quelque peu trompeuse dans la mesure où cette possibilité ne constitue pas une réserve au sens des articles 19 à 23 de la section 2 "Réserves" de la Convention de Vienne. Des règles spécifiques s'appliquent aux membres de l'Union de Berne en vertu de l'article 30 de la Convention de Berne (1971) pour la formulation de réserves au titre de ladite convention. Il convient également de noter qu'il est interdit aux Membres de l'OMC de formuler des réserves au titre de l'article 72 de l'Accord sur les ADPIC⁵⁹ sans le consentement des autres Membres. Aucune réserve n'a été faite sur cette base au titre de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne ce point ou tout autre point.⁶⁰ Dans un souci de clarté, nous utilisons donc ci-après l'expression doctrine des "exceptions mineures".

6.50 S'agissant de la représentation ou exécution publiques d'œuvres, jusqu'en 1948 seule une obligation de traitement national était énoncée dans la Convention de Berne. Les sous-alinéas 1° et 2° de l'article 11 de ladite Convention avaient leur origine dans l'Acte de Bruxelles de 1948. Leur libellé est resté pour l'essentiel inchangé dans l'Acte de Stockholm de 1967 et l'Acte de Paris de 1971. Aucune clause d'exception spécifique applicable à ce droit n'a été ajoutée au texte de la Convention. Toutefois, lorsque le droit général de représentation ou exécution publiques a été inscrit pour la

⁵⁷ Il semble que l'autre grande catégorie d'exceptions implicites s'applique à l'utilisation de traductions d'œuvres littéraires.

⁵⁸ La doctrine concerne i) la représentation ou l'exécution publiques et ii) la transmission publique de cette représentation ou exécution au sens de l'article 11 1) 1° et 2° ainsi que i) la radiodiffusion par un moyen de diffusion sans fil, ii) la communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée et iii) la communication publique par haut-parleur etc., de l'œuvre radiodiffusée au sens de l'article 11*bis* 1). La doctrine des exceptions mineures a également été mentionnée dans le contexte des articles 11*ter*, 13 et 14 de la Convention de Berne. Voir La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986, document publié par le Bureau international de l'OMPI en 1986 ("Centenaire de la Convention de Berne") pages 243 et 244. Voir également Ricketson, Sam: The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Londres (1987), pages 532 à 537 et suivants.

⁵⁹ Article 72 de l'Accord sur les ADPIC: "Il ne pourra être formulé de réserves en ce qui concerne les dispositions du présent accord sans le consentement des autres Membres."

⁶⁰ L'article XVI:5 de l'Accord instituant l'OMC réaffirme l'article 72 de l'Accord sur les ADPIC.

première fois à l'article 11 de l'Acte de Bruxelles, une déclaration mentionnant la doctrine des exceptions mineures a été incluse dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles.

6.51 Les dispositions figurant actuellement à l'article 11*bis* 1) 1° et 11*bis* 2) ont été introduites pour la première fois dans la Convention de Berne à la Conférence de Rome de 1928 mais elles ont ensuite été modifiées. Les alinéas 2° et 3° de l'article 11*bis* 1) ont été ajoutés à la Convention au cours de la Conférence de Bruxelles de 1948. Lorsqu'il traite des alinéas 2° et 3° de l'article 11*bis* 1), le rapport général de la Conférence de Bruxelles indique que la doctrine des exceptions mineures s'applique également aux droits exclusifs relevant de l'article 11*bis*.

6.52 Plus précisément, il a été proposé à la Conférence de Bruxelles de 1948 d'insérer dans la Convention de Berne une disposition générale en vertu de laquelle les États parties à la Convention seraient autorisés à conserver diverses exceptions mineures qui existaient déjà dans leur législation nationale. Toutefois, la proposition n'a pas été adoptée par la Conférence parce que l'on craignait qu'une telle disposition générale puisse encourager l'élargissement des exceptions mineures existantes ou l'introduction d'exceptions mineures additionnelles dans les législations nationales. Mais la Conférence n'a pas remis en cause l'existence même et le maintien d'exceptions mineures en tant que telles dans les législations nationales. Dans le contexte des discussions sur l'article 11, il a été convenu qu'au lieu de traiter cette question dans le texte de la Convention elle-même, une déclaration concernant la possibilité de prévoir des exceptions mineures dans la législation nationale serait incluse dans le rapport général.⁶¹

6.53 Au moment de déterminer le statut juridique de la doctrine des exceptions mineures, il importe de noter que le rapport général indique que le rapporteur général a été "*chargé de rappeler par une mention expresse* la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les petites réserves des législations nationales".⁶² Nous pensons que le choix de ces mots est le résultat d'un accord au sens de l'article 31 2) a) de la Convention de Vienne intervenu entre les membres de l'Union de Berne à la Conférence de Bruxelles en vue de conserver la possibilité de prévoir des exceptions mineures dans la législation nationale. Nous arrivons à cette conclusion pour les raisons suivantes. Premièrement, l'introduction des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° a coïncidé avec l'adoption du rapport général mentionnant expressément la doctrine des exceptions mineures. Deuxièmement, cette doctrine a un rapport étroit avec la substance de la modification de la Convention de Berne en ce sens qu'elle limite la portée des droits exclusifs introduits par les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne. Troisièmement, un "accord" entre les parties existe parce que, d'une part, le rapporteur général est "chargé de rappeler par une mention expresse" les exceptions mineures et, d'autre part, le rapport général de la Conférence de Bruxelles faisant état de cette mention expresse a été formellement adopté par les membres de l'Union de Berne. Nous concluons en conséquence qu'un accord au sens de l'article 31 2) a) de la Convention de Vienne sur la possibilité de prévoir des exceptions mineures est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion d'une révision de la Convention introduisant des droits exclusifs additionnels, y compris ceux qui sont énoncés aux articles 11*bis* 1) 3°

⁶¹ La partie pertinente du rapport général de la Conférence diplomatique de Bruxelles est ainsi libellée:

"Votre rapporteur général a été chargé de rappeler par une mention expresse la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les petites réserves des législations nationales. MM. les Délégués de la Norvège, de la Suède, du Danemark et de la Finlande, M. le Délégué de la Suisse et M. le Délégué de la Hongrie ont évoqué ces exceptions limitées admises en faveur des cérémonies religieuses, des fanfares militaires et des nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. Ces mesures d'exception s'appliquent aux articles 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14. Vous voudrez bien croire que ces allusions sont données ici d'une touche légère sans infirmer le principe du droit." Voir l'annexe XII.1 à la lettre adressée par le Directeur général de l'OMPI à la Présidente du Groupe spécial. La déclaration est également reproduite dans Centenaire de la Convention de Berne, *op. cit.*, page 216.

⁶² Il ne s'agit pas simplement d'une déclaration faite à titre personnel par le président d'un groupe de travail.

et 11 1) 2°, auxquels ces limitations devaient s'appliquer, et que cet accord est pertinent en tant que contexte pour interpréter ces articles.⁶³

6.54 Comme il est indiqué plus haut, le libellé des articles 11*bis* et 11 est resté pour l'essentiel le même aux Conférences diplomatiques de Stockholm (1967) et de Paris (1971) au cours desquelles les rapports généraux ont également été formellement adoptés par les membres de l'Union de Berne. Les rapports de la Conférence de Stockholm reconfirment notre conclusion concernant l'existence d'un accord sur les exceptions mineures. Le rapport de la Commission principale n° I⁶⁴ fait état de l'existence d'un accord entre les membres de l'Union de Berne selon lequel des exceptions mineures sont autorisées, entre autres, en ce qui concerne les articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne.⁶⁵

6.55 En outre, nous rappelons que l'article 31 3) de la Convention de Vienne dispose qu'aux fins de l'interprétation il sera tenu compte en même temps que du contexte a) de tout accord ultérieur et b) de toute pratique ultérieure⁶⁶ ou c) de toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties. Nous notons que les parties et les tierces parties ont porté à notre attention plusieurs exemples de limitations inscrites dans les législations nationales de divers pays sur la base de la doctrine des exceptions mineures.⁶⁷ À notre avis, la pratique des États telle qu'elle transparait dans les législations

⁶³ S'il n'y avait aucune possibilité de prévoir des "exceptions mineures" aux articles 11*bis* et 11, aucune exemption *de minimis* quelle qu'elle soit inscrite dans la législation nationale et autorisant l'utilisation des droits conférés par ces articles sans rémunération ne pourrait être justifiée au titre d'une disposition quelconque de la Convention de Berne.

⁶⁴ Les parties pertinentes du rapport sur les travaux de la Commission principale n° I (dispositions de droit matériel de la Convention de Berne: articles 1 à 20) sont libellées comme suit:

"209. Dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles, le Rapporteur avait été chargé de rappeler, par une mention expresse à propos de l'article 11, la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les "petites réserves" des législations nationales. Certains délégués avaient alors évoqué les exceptions admises en faveur des cérémonies religieuses, des fanfares militaires et des nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. Les exceptions s'appliquent aussi aux articles 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14. Le Rapporteur terminait en disant que ces allusions étaient données "d'une touche légère sans infirmer le principe du droit".

210. Il semble qu'il n'a pas été dans les intentions de la Commission d'empêcher des États de maintenir dans leur législation nationale des dispositions basées sur la déclaration contenue dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles."

Voir Centenaire de la Convention de Berne, page 243. Pour un examen plus complet de l'historique de la doctrine des exceptions mineures et des autres exceptions implicites relevant de la Convention de Berne, *voir*, par exemple, Ricketson, *The Berne Convention*, *op. cit.*, pages 532 et suivantes.

⁶⁵ Nous notons que cette déclaration figurant dans les rapports de la Conférence de Stockholm de 1967 confirme l'accord sur la possibilité de prévoir des exceptions mineures à certains droits exclusifs intervenu à la Conférence de Bruxelles de 1948, mais nous pensons qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si elle constitue un accord distinct ou prorogé intervenu à la Conférence de Stockholm au sens de l'article 31 2) de la Convention de Vienne. Aux fins de notre examen des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°, un tel accord ne serait pertinent que dans la mesure où ces articles avaient été modifiés ou amendés à la Conférence de Stockholm.

⁶⁶ Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, l'Organe d'appel a décrit la pratique ultérieure au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne: "... En droit international, une pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations "concordants, communs et d'une certaine constance", suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. Un acte isolé n'est généralement pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure; seule une suite d'actes établissant l'accord des parties peut être prise en considération." (notes de bas de page omises). *Voir* le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS8, 10, 11/AB/R, page 14.

⁶⁷ Par exemple, l'Australie prévoit une exception pour l'exécution publique d'une œuvre au moyen d'un appareil de télégraphie sans fil dans les locaux, entre autres, d'hôtels ou de pensions de famille. La Belgique prévoit une exception pour la communication publique d'une œuvre dans un lieu accessible au public lorsque le but de la communication n'est pas l'œuvre elle-même et une exception pour l'exécution d'une œuvre au cours d'un examen public lorsque le but est l'évaluation de l'exécutant. La Finlande prévoit une exception pour l'exécution publique d'une œuvre dans le cadre de services religieux et d'activités d'enseignement. La Finlande

nationales relatives au droit d'auteur des membres de l'Union de Berne avant et après 1948, 1967 et 1971, ainsi que des Membres de l'OMC avant et après la date à laquelle l'Accord sur les ADPIC est devenu applicable pour eux, confirme notre conclusion relative à la doctrine des exceptions mineures.⁶⁸

Portée de la doctrine des exceptions mineures

6.56 Outre le statut juridique de la doctrine des exceptions mineures dans le cadre de la Convention de Berne, la portée de cette doctrine est également un point de désaccord entre les parties. De l'avis des États-Unis, l'élément déterminant de la doctrine des exceptions mineures est qu'une limitation ou exception doit être de caractère minime pour être admissible. La possibilité de prévoir des exceptions mineures n'est pas limitée aux exemples donnés dans les actes des Conférences de Bruxelles et de Stockholm cités plus haut. En revanche, les Communautés européennes font valoir que les exemples donnés dans les actes de Bruxelles et de Stockholm sont exhaustifs. Elles estiment que la doctrine des exceptions mineures ne concerne que les limitations ou exceptions de caractère exclusivement non commercial. Elles soulignent également que les actes de la Conférence de Stockholm décrivent la doctrine des exceptions mineures comme un moyen d'autoriser les pays à "maintenir" les exceptions nationales existantes. Elles déduisent de la déclaration citée plus haut figurant dans les actes de la Conférence de Stockholm que la doctrine des exceptions mineures ne peut justifier que les exceptions ou limitations qui existaient dans la législation nationale d'un pays avant 1967, lorsque la Conférence de Stockholm a eu lieu.⁶⁹ Les États-Unis rejettent cette théorie de l'"antériorité" et l'interprétation selon laquelle les listes d'exemples figurant dans les actes des Conférences diplomatiques sont exhaustives.

6.57 Le rapport général de la Conférence de Bruxelles de 1948 mentionne les "cérémonies religieuses, [les] fanfares militaires et [les] nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation" (adult education) comme exemples de situations pour lesquelles des exceptions mineures peuvent être prévues. Le rapport de la Commission principale n° I de la Conférence de Stockholm de 1967 (version anglaise) mentionne également comme exemple "popularization".⁷⁰ Lorsque ces mentions sont lues dans leur contexte approprié, il est évident que les exemples donnés ont un caractère indicatif.⁷¹ Nous notons également que les exemples donnés dans les rapports des Conférences de

et le Danemark prévoient des exceptions lorsque l'exécution d'une œuvre ne constitue pas l'essentiel de la manifestation à condition qu'aucun droit d'admission ne soit perçu et que la manifestation n'ait pas un but lucratif. La Nouvelle-Zélande prévoit une exception pour l'exécution publique d'œuvres musicales dans des établissements d'enseignement. Les Philippines prévoient une exception pour l'exécution publique d'une œuvre à des fins humanitaires et didactiques. Une exception semblable s'applique en Inde où il y a également une exception pour l'exécution dans des clubs ou sociétés d'amateurs. La législation canadienne prévoit des exceptions à différents droits exclusifs pour l'exécution d'œuvres à des fins didactiques, religieuses ou humanitaires, ainsi qu'à des expositions et foires. L'Afrique du Sud prévoit une exception pour l'exécution publique d'une œuvre dans le cadre de démonstrations faites par les vendeurs ou les acheteurs de récepteurs de radio et de télévision et de matériel d'enregistrement. (*Voir* la réponse des États-Unis à la question n° 16 que le Groupe spécial leur a posée.) Le Brésil permet également la libre utilisation d'œuvres dans des établissements commerciaux lorsqu'il s'agit de faire une démonstration aux clients des établissements qui vendent le matériel permettant cette utilisation. (*Voir* la réponse du Brésil à la question n° 1 posée par le Groupe spécial aux tierces parties.)

⁶⁸ En donnant ces exemples de la pratique des États nous ne voulons pas exprimer un point de vue sur la question de savoir s'ils sont suffisants pour constituer une "pratique ultérieure" au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne. *Voir* la description de l'Organe d'appel dans son rapport *Japon – Boissons alcooliques op. cit.*, page 14, reproduite plus haut à la note de bas de page 66.

⁶⁹ Réponse à la question n° 11 posée par le Groupe spécial aux Communautés européennes.

⁷⁰ *Voir* plus haut les citations figurant dans la note de bas de page 64.

⁷¹ Par exemple, dans leurs travaux préparatoires de la Conférence de Bruxelles, le gouvernement belge et les BIRPI ont été d'avis qu'il serait impossible d'énumérer toutes les exceptions préexistantes de manière

Bruxelles et de Stockholm (version anglaise) ne sont pas identiques. En outre, les exemples sont donnés dans le contexte de l'article 11 1) de la Convention de Berne, mais les rapports précisent que des exceptions mineures aux droits exclusifs conférés par les articles 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14 peuvent également être prévues, sans donner d'exemples spécifiques. Il est évident également que les exceptions mineures existantes varient selon les pays, comme le montrent les renseignements qui nous ont été communiqués sur la pratique de l'État concernant les exceptions mineures dans différents pays.⁷² En outre, les ouvrages théoriques étayaient l'idée que ces exemples d'utilisations pour lesquelles des exceptions mineures pourraient être prévues ne sont pas censés être exhaustifs.⁷³

6.58 Nous notons que certains des exemples susmentionnés (par exemple, cérémonies religieuses, fanfares militaires) concernent généralement des utilisations minimales qui n'ont pas un but lucratif. Pour ce qui est des autres exemples (par exemple, enseignement et vulgarisation) par contre, le caractère exclusivement non commercial des utilisations pouvant bénéficier d'une exception est moins clair. Sur la base des renseignements qui nous ont été communiqués, nous ne sommes pas en mesure de déterminer que la doctrine des exceptions mineures justifie uniquement une utilisation exclusivement non commerciale des œuvres et qu'elle ne peut en aucune circonstance justifier des exceptions pour des utilisations ayant une incidence économique plus que négligeable sur les détenteurs du droit d'auteur. D'un autre côté, les utilisations non commerciales des œuvres, par exemple pour l'enseignement et la vulgarisation, peuvent atteindre un niveau qui a une incidence économique majeure sur le détenteur du droit. En tout état de cause, à notre avis, le caractère non commercial de l'utilisation en question n'est pas un élément déterminant pour autant que l'exception énoncée dans la législation nationale soit effectivement *mineure*.⁷⁴

6.59 S'agissant du champ d'application de la doctrine des exceptions mineures sur le plan temporel, nous ne pouvons pas souscrire au point de vue des Communautés européennes selon lequel le champ d'application a été "gelé" en 1967.⁷⁵ À notre avis, l'utilisation du mot "*maintenir*" dans les actes de Stockholm⁷⁶ n'est pas un élément de preuve suffisant pour étayer l'interprétation selon laquelle les pays ne pourraient justifier en vertu de la doctrine des exceptions mineures que les limitations qui étaient en vigueur dans le cadre de leur législation nationale avant l'année au cours de laquelle la Conférence a eu lieu.

Statut juridique de la doctrine des exceptions mineures dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC

6.60 Ayant conclu que la doctrine des exceptions mineures fait partie du "contexte" des articles 11*bis* et 11, à tout le moins, de la Convention de Berne (1971) en vertu d'un accord au sens de l'article 31 2) a) de la Convention de Vienne, qui est intervenu entre les membres de l'Union de Berne

exhaustive dans la Convention car elles étaient trop variées. Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948, publiés par les BIRPI en 1951, page 255.

⁷² Voir plus haut la note de bas de page 67.

⁷³ Ricketson note que "[l]es exemples d'utilisations donnés dans les actes des Conférences de Bruxelles et de Stockholm ne constituent en aucune manière une liste exhaustive ou un facteur de détermination des exceptions particulières qui seront justifiées". Voir Ricketson, *Berne Convention*, *op. cit.*, page 536.

⁷⁴ Dans les ouvrages spécialisés, il a été soutenu que ces exceptions aux droits protégés au titre des dispositions pertinentes de la Convention de Berne devaient concerner une utilisation minimale, ou une utilisation sans importance pour l'auteur. Voir Ricketson, *Berne Convention*, *op. cit.*, pages 532 à 535.

⁷⁵ En ce qui concerne l'année 1967 suggérée comme date charnière, nous notons que les dispositions de fond de l'Acte de Stockholm de 1967 ne sont jamais entrées en vigueur. Elles ont été ultérieurement incorporées dans l'Acte de Paris de 1971, qui est entré en vigueur le 10 octobre 1974.

⁷⁶ Le terme "*maintenir*" figure au paragraphe 210 du rapport de la Commission principale n° I. On trouve par contre dans la déclaration initiale figurant dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles de 1948 qui est mentionnée dans les actes de Stockholm l'expression "la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les petites réserves des législations nationales".

à l'occasion de la conclusion des instruments respectifs portant modification de ladite convention, nous passons ensuite à la deuxième étape de notre analyse mentionnée plus haut. Cette deuxième étape concerne la question de savoir si la doctrine des exceptions mineures a été ou non incorporée dans l'Accord sur les ADPIC, en vertu de l'article 9:1 de ce dernier⁷⁷, en même temps que les articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971) dans le cadre de l'acquis de Berne.

6.61 Nous notons que le libellé exprès de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC ni n'établit ni n'exclut cette incorporation dans l'Accord de la doctrine des exceptions mineures telle qu'elle s'applique aux articles 11, 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14 de la Convention de Berne (1971).⁷⁸

6.62 Nous avons montré plus haut que la doctrine des exceptions mineures fait partie du contexte, au sens de l'article 31 2) a) de la Convention de Vienne, des articles 11 et 11*bis* à tout le moins de la Convention de Berne (1971). Rien dans le libellé de l'Accord sur les ADPIC n'indique que les articles 11 et 11*bis* ont été incorporés à l'Accord en vertu de l'article 9:1 de ce dernier sans entraîner la possibilité de prévoir des exceptions mineures aux droits exclusifs respectifs. S'il s'était agi d'incorporer uniquement le texte des articles 1 à 21 de la Convention de Berne (1971), et non l'ensemble de l'acquis de Berne concernant ces articles, l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC l'aurait explicitement indiqué.⁷⁹

6.63 Nous concluons en conséquence qu'en l'absence d'exclusion expressément énoncée à l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, l'incorporation des articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne (1971) dans l'Accord englobe l'ensemble de l'acquis de ces dispositions, y compris la possibilité de prévoir des exceptions mineures aux droits exclusifs respectifs.

6.64 Nous trouvons une confirmation de notre interprétation dans certaines références à la doctrine des exceptions mineures faites dans la documentation établie au cours des négociations du Cycle d'Uruguay du GATT relatives à l'Accord sur les ADPIC.⁸⁰ Un document du Groupe de négociation sur les ADPIC⁸¹ reproduit un document qui a été établi par le Bureau international de l'OMPI suite à une décision du Groupe de négociation du 3 mars 1988 invitant le Bureau "à préparer un document factuel en vue de faire connaître l'existence, la portée et la forme des normes/règles relatives à la protection de la propriété intellectuelle généralement acceptées et appliquées sur le plan international".⁸² La section "Portée du droit conféré" contient le texte suivant concernant la doctrine des exceptions mineures⁸³:

⁷⁷ L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose ce qui suit: "Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention. Toutefois, les Membres n'auront pas de droits ni d'obligations au titre du présent accord en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6*bis* de ladite Convention ou les droits qui en sont dérivés."

⁷⁸ L'article 9:1 ne mentionne pas la doctrine des exceptions mineures, mais il n'exclut pas la possibilité que cette doctrine ait été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC dans le cadre de l'acquis de Berne en même temps que les dispositions susmentionnées auxquelles elle s'applique dans le cadre de la Convention de Berne (1971).

⁷⁹ À cet égard, nous nous référons au traitement des droits moraux dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. L'article 9:1 exclut explicitement les droits et obligations des Membres en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6*bis* de la Convention de Berne (1971) et les droits qui en sont dérivés.

⁸⁰ Nous rappelons que, selon l'article 32 de la Convention de Vienne, "il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue ... de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 ...". Nous ne jugeons pas nécessaire de déterminer si la documentation établie au cours du Cycle d'Uruguay du GATT constitue des "travaux préparatoires" ou est en rapport avec les "circonstances dans lesquelles ... a été conclu" l'Accord sur les ADPIC tel qu'il est annexé à l'Accord instituant l'OMC.

⁸¹ Document MTN.GNG/NG11/W/24/Rev.1 du 15 septembre 1988.

⁸² Voir le document du GATT MTN.GNG/NG11/6, paragraphes 39 et 40 et annexe.

⁸³ *Ibid.*, page 23.

"Outre les restrictions figurant explicitement dans les dispositions de la Convention, il existe encore la possibilité de certaines exceptions qui ont fait l'objet d'un accord exprès à diverses conférences de révision, à savoir la possibilité d'"exceptions mineures" au droit de représentation ou d'exécution publique (un concept proche de ceux d'"usage loyal" ou d'"acte loyal", voir point iii) ci-dessous)."

6.65 Un autre document du Groupe de négociation sur les ADPIC⁸⁴ mentionne la doctrine des exceptions mineures comme faisant partie des normes internationales existantes. À notre connaissance, aucun des documents du Cycle d'Uruguay n'indique qu'un pays participant aux négociations ait contesté ou mis en doute le fait que la doctrine des exceptions mineures faisait partie de l'acquis de Berne sur lequel l'Accord sur les ADPIC devait reposer.⁸⁵

6.66 Dans le domaine du droit d'auteur, la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC constituent le cadre général de la protection multilatérale. La plupart des Membres de l'OMC sont également parties à la Convention de Berne. Nous rappelons qu'un principe général d'interprétation consiste à adopter le sens qui concilie les textes de différents traités et évite qu'il y ait un conflit entre eux. En conséquence, il faudrait éviter d'interpréter l'Accord sur les ADPIC comme signifiant autre chose que la Convention de Berne sauf lorsque cela est explicitement prévu. Ce principe est conforme à la présomption d'absence de conflit établie en droit international public, qui a été appliqué par des groupes spéciaux de l'OMC et par l'Organe d'appel dans un certain nombre d'affaires.⁸⁶ Nous

⁸⁴ Le document MTN.GNG/NG11/W/32/Rev.2 du 2 février 1990 contient des tableaux synoptiques récapitulant les propositions présentées au Groupe. Il contient les premières propositions spécifiques sur les droits devant être conférés et sur les limitations, exceptions et licences obligatoires admissibles dans le domaine du droit d'auteur. La première colonne de chaque tableau reprend les dispositions des traités internationaux existant à l'époque qui correspondent aux propositions présentées. Le Secrétariat a établi la teneur de cette colonne à partir du document susmentionné préparé par le Bureau international de l'OMPI. Dans la première colonne du paragraphe 5 concernant les limitations, il a reproduit, pour indiquer les normes internationales existantes, les renseignements susmentionnés fournis par l'OMPI au sujet de la doctrine des exceptions mineures. *Ibid.*, page 32.

⁸⁵ Nous trouvons une nouvelle confirmation de notre interprétation dans l'historique de la négociation de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC. Les projets antérieurs de cet article mentionnaient simplement les "dispositions de fond" de la Convention de Berne (1971), indiquant qu'il s'agissait d'incorporer l'ensemble de l'acquis de Berne et pas simplement le libellé littéral des différents articles. Au cours des négociations, il a été jugé préférable de désigner les dispositions de fond en question. En conséquence, ces dispositions ont été désignées dans la version finale de l'article comme étant "les articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et ... l'Annexe de ladite Convention". Il semble que cela a été fait dans un souci de clarté et rien dans la documentation n'indique qu'il s'agissait de modifier le but consistant à incorporer l'ensemble de l'acquis de Berne.

⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques ("Canada - Périodiques")* adopté le 30 juillet 1997, WT/DS31/AB/R, page 21. Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes ("CE - Bananes III")*, adopté le 25 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, paragraphes 219 à 222.

Dans l'affaire *Guatemala – Ciment*, l'Organe d'appel, lorsqu'il a examiné la possibilité de conflit entre les dispositions de l'Accord antidumping et le Mémoire d'accord, a indiqué ce qui suit: "Il ne devrait être constaté qu'une disposition spéciale ou additionnelle *prévaut* sur une disposition du Mémoire d'accord que dans le cas où le respect de l'une entraînerait une violation de l'autre, c'est-à-dire en cas de *conflit* entre les deux dispositions". Voir le rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique ("Guatemala – Ciment")*, adopté le 25 novembre 1998, WT/DS60/AB/R, paragraphe 65.

Dans l'affaire *Indonésie - Automobiles*, le Groupe spécial a noté ce qui suit: "... nous rappellerons d'abord qu'en droit international public il existe une présomption d'absence de conflit. Cette présomption est particulièrement importante dans le contexte de l'OMC puisque tous les Accords de l'OMC, y compris le GATT de 1994, lequel a été modifié par des Mémoires d'accord lorsque cela a été jugé nécessaire, ont été négociés en même temps, par les mêmes Membres et dans la même enceinte. Dans ce contexte, nous rappelons le

pensons que notre interprétation du statut juridique de la doctrine des exceptions mineures dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC est conforme à ces principes généraux.

Faits nouveaux survenus ultérieurement

6.67 Les États-Unis font valoir que l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur ("WCT"), adopté le 20 décembre 1996 à une conférence diplomatique organisée sous les auspices de l'OMPI, correspond à la norme énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Le paragraphe 1) dudit article définit une norme régissant les limitations et exceptions admissibles concernant les droits conférés aux auteurs en vertu du WCT, alors que le paragraphe 2) étend cette norme à l'application des dispositions de la Convention de Berne (1971).⁸⁷ De l'avis des États-Unis, il ressort clairement de la Déclaration commune concernant l'article 10 du WCT que les signataires du WCT, qui comprennent les Communautés européennes et leurs États membres et les États-Unis, ont pour la plupart reconnu la doctrine des exceptions mineures.⁸⁸ Pour étayer leur point de vue, les États-Unis font également observer que l'article 10 du WCT est fondé sur l'article 12 de la Proposition de base pour la Conférence diplomatique de 1996.⁸⁹ Le commentaire relatif à la Proposition de base indique que la norme définie dans cet article concernant les limitations et les exceptions est déjà énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et précise en outre qu'"[a]ucune limitation, pas même les limitations appartenant à la catégorie des "petites réserves", ne peut dépasser les limites fixées par le triple critère".

6.68 Les Communautés européennes font valoir que le WCT n'a été ratifié à ce jour que par un petit nombre de parties contractantes et n'a pas encore atteint le seuil de 30 ratifications exigé pour son entrée en vigueur.

6.69 Nous notons que les faits nouveaux survenus ultérieurement qui viennent d'être mentionnés ne constituent pas un traité ultérieur portant sur la même matière au sens de l'article 30, ou un accord ultérieur au sujet de l'interprétation d'un traité, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31 3). En conséquence, ces faits nouveaux survenus ultérieurement peuvent présenter un intérêt assez limité au vu des règles générales d'interprétation telles qu'elles sont consacrées par la Convention de Vienne. Toutefois, à notre avis, le libellé du WCT, et en particulier celui de la Déclaration commune y relative, étaye quand même l'idée, en ce qui concerne la Convention de Berne, que les membres de

principe de l'interprétation effective selon lequel toutes les dispositions d'un traité (et tous les accords conclus dans le cadre de l'OMC) doivent avoir un sens, suivant le sens ordinaire des mots." (notes de bas de page omises). Voir le rapport du Groupe spécial *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile ("Indonésie – Automobiles")*, adopté le 23 juillet 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R et WT/DS64/R, paragraphe 14.28.

⁸⁷ L'article 10 du WCT dispose ce qui suit:

"1. 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.

2. En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à 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."

⁸⁸ La Déclaration commune concernant l'article 10 du WCT est ainsi libellée: "Il est entendu 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 des réseaux numériques*." (pas d'italique dans l'original)

⁸⁹ Réponse à la question n° 14 posée par le Groupe spécial aux États-Unis.

l'Union de Berne sont autorisés à assortir d'exceptions mineures les droits prévus aux articles 11 et 11*bis* de l'Acte de Paris de 1971, et certains autres droits. Il semble que l'objectif était non pas de refuser aux parties au WCT la possibilité de prévoir de telles exceptions mineures, mais plutôt d'assujettir leur application au "triple critère" énoncé à l'article 10 2) du WCT.

6.70 Au paragraphe 6.66 nous avons évoqué la nécessité d'interpréter la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC d'une manière qui concilie les textes de ces deux traités et évite qu'il y ait un conflit entre eux, étant donné qu'ils constituent le cadre général de la protection multilatérale du droit d'auteur. Le même principe devrait également s'appliquer au rapport entre l'Accord sur les ADPIC et le WCT. Le WCT est conçu pour être compatible avec ce cadre, incorporant ou utilisant une grande partie des termes de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC.⁹⁰ Il a été conclu à l'unanimité au cours d'une conférence diplomatique organisée sous les auspices de l'OMPI en décembre 1996, une année après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, à laquelle 127 pays ont participé. La plupart de ces pays ont également participé aux négociations sur les ADPIC et sont Membres de l'OMC.⁹¹ Pour ces raisons, il est pertinent de rechercher des indications contextuelles également dans le WCT au moment de donner des interprétations qui évitent les conflits à l'intérieur de ce cadre général, sauf lorsque ces traités énoncent explicitement des obligations différentes.

iv) *Portée de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC*

6.71 Comme il a déjà été indiqué, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC est au centre de l'argumentation des États-Unis. Ceux-ci estiment qu'il clarifie et énonce la portée de la doctrine des exceptions mineures, laquelle est applicable dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Ayant étudié le statut juridique de la doctrine des exceptions mineures dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, nous examinerons ensuite l'applicabilité de l'article 13 aux articles 11*bis* 1) et 11 1) de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC.⁹²

6.72 Les termes utilisés à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC⁹³ trouvent leur origine dans les termes semblables utilisés à l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971)⁹⁴, bien que ce dernier s'applique uniquement dans le cas du droit de reproduction.⁹⁵

⁹⁰ L'article 10 du WCT traite du rapport de ce dernier avec la Convention de Berne, mais il n'y a pas de lien direct entre le WCT et l'Accord sur les ADPIC. L'article premier du WCT dispose que "[le présent traité] n'a aucun lien avec d'autres traités que la Convention de Berne et s'applique sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité".

⁹¹ Au 1^{er} mars 1999, 13 pays avaient ratifié le WCT. Celui-ci compte 51 signataires, dont les Communautés européennes et leurs États membres.

⁹² Voir la section "Le triple critère énoncé à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC", commençant au paragraphe 6.97 du présent rapport.

⁹³ L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC dispose ce qui suit:

"Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit."

⁹⁴ L'article 9 2) de la Convention de Berne (1971) dispose ce qui suit:

"Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur."

⁹⁵ Les travaux préparatoires concernant l'article 9 2) de la Convention de Berne peuvent donner une idée de la façon dont les termes utilisés étaient censés à l'origine être compris. L'article 9 2) peut faire partie du contexte de l'article 13, mais les travaux préparatoires et l'historique de la négociation seraient, bien entendu, pertinents principalement dans le cadre de l'article 32 de la Convention de Vienne, c'est-à-dire aux fins de confirmer une interprétation donnée conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne.

6.73 Un droit de reproduction général n'a pas été reconnu dans le cadre de la Convention de Berne avant l'Acte de Stockholm de 1967. La principale difficulté soulevée par l'élaboration de cette modification consistait à trouver une formule appropriée qui autoriserait des exceptions à ce droit. Lorsqu'elle a adopté le texte actuel de l'article 9 2) de la Convention de Berne, la Commission principale n° I de la Conférence diplomatique de Stockholm (1967) a donné les indications suivantes sur son interprétation:

"La Commission a également adopté une proposition du Comité de rédaction tendant à placer la seconde condition avant la première, de façon à donner un ordre plus logique pour l'interprétation de la règle. S'il est estimé que la reproduction porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, la reproduction n'est pas du tout permise. S'il est estimé que la reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, il convient alors d'examiner si elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Seulement s'il n'en est pas ainsi, il serait possible dans certains cas spéciaux d'introduire une licence obligatoire ou de prévoir une utilisation sans paiement. À titre d'exemple pratique, la photocopie dans divers buts peut être mentionnée. Si elle consiste dans la confection d'un très grand nombre d'exemplaires, elle ne peut pas être permise, car elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Si elle implique la confection d'un nombre d'exemplaires relativement grand pour utilisation dans des entreprises industrielles, elle peut ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, sous la condition que, selon la législation nationale, une rémunération équitable doive être versée. Si elle est faite en une petite quantité d'exemplaires, la photocopie peut être permise sans paiement, notamment pour un usage individuel ou scientifique."⁹⁶

6.74 À part la différence concernant l'utilisation des termes "permettre" et "restreindront"⁹⁷, la principale différence entre l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971) et l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC est que le premier s'applique uniquement au droit de reproduction. Le libellé de l'article 13 n'énonce pas une limitation expresse en fonction des catégories de droits relevant du droit d'auteur auxquelles il peut s'appliquer. Il indique que des limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits ne peuvent être mises en place que si trois conditions sont remplies: 1) les limitations ou exceptions sont restreintes à certains cas spéciaux; 2) elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre; et 3) elles ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit. Comme les deux parties en conviennent, ces trois conditions s'appliquent de manière cumulative; une limitation ou une exception n'est compatible avec l'article 13 que si elle satisfait à chacune des trois conditions.

6.75 Les Communautés européennes font valoir que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC s'applique uniquement aux droits qui ont été ajoutés à l'Accord sur les ADPIC et que, par conséquent, il ne s'applique pas aux dispositions de la Convention de Berne (1971), y compris les articles 11 1) et 11bis 1) de cette dernière, qui ont été incorporées par référence dans l'Accord sur les ADPIC.⁹⁸

6.76 De l'avis des Communautés européennes, l'article 20 de la Convention de Berne (1971) ne permet pas d'interpréter l'article 13 comme constituant une base pour des exceptions aux droits conférés par la Convention de Berne qui ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, parce que

⁹⁶ Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, 11 juin-14 juillet 1967. Rapport sur les travaux de la Commission principale n° I (dispositions de droit matériel de la Convention de Berne: articles 1 à 20). Texte reproduit dans Centenaire de la Convention de Berne, page 236.

⁹⁷ L'article 9 2) de la Convention de Berne (1971) dispose qu'"[e]st réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction", alors que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "[l]es Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits".

⁹⁸ Voir la réponse des CE à la question n° 10 que le Groupe spécial leur a posée.

l'article 20 de la Convention permet simplement aux "pays de l'Union [de Berne] ... de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conférerait aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention [de Berne]".⁹⁹ En d'autres termes, les Communautés européennes soutiennent que les parties à la Convention de Berne ne peuvent pas convenir dans le cadre d'un autre traité de réduire le niveau de protection assuré par la Convention de Berne.

6.77 En outre, les Communautés européennes ajoutent que l'article 20 de la Convention de Berne (1971) est reflété dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 2 2) qui est libellé comme suit:

"Aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la Convention de Paris, de la Convention de Berne, de la Convention de Rome ou du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés."

6.78 Subsidiairement à leur argument principal, les Communautés européennes soutiennent que, même si l'on devait considérer que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC joue un rôle dans le contexte des exceptions aux droits exclusifs conférés par la Convention de Berne (1971), il faudrait respecter un principe selon lequel l'objectif de l'Accord sur les ADPIC est de réduire ou d'éliminer les exceptions existantes plutôt que d'en accorder de nouvelles ou d'élargir celles qui existent. Les Communautés européennes se réfèrent à la différence de libellé entre l'article 13 ("les Membres *restreindront* les limitations ... ou exceptions") et les articles 17, 26 2) et 30 de l'Accord sur les ADPIC ("les Membres *pourront prévoir* des exceptions limitées").¹⁰⁰ Nous rappelons toutefois que dans le cadre de leur argument principal elles expriment l'avis que l'article 13 prévoit des exceptions aux nouveaux droits, au lieu de réduire la portée de toute limitation existante.

6.79 Les États-Unis soutiennent que "[l]e texte de l'article 13 est très direct et s'applique "aux limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits". Non pas à *certaines* limitations, non plus qu'à des limitations de *certaines* droits exclusifs".¹⁰¹ Les États-Unis ajoutent que l'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC aux droits prévus aux articles 11 1) et 11*bis* 1) de la Convention de Berne (1971) ne déroge pas aux obligations découlant de la Convention de Berne, en violation de l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC ou de l'article 20 de la Convention de Berne, parce que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC énonce la norme applicable aux exceptions mineures dans le cadre de la Convention de Berne (1971) en ce qui concerne ces articles.

6.80 À notre avis, ni le libellé exprès ni le contexte de l'article 13 ou de toute autre disposition de l'Accord sur les ADPIC n'étaient l'interprétation selon laquelle le champ d'application de l'article 13 se limite aux droits exclusifs nouvellement introduits dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.

6.81 L'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC aux droits prévus aux articles 11 1) et 11*bis* 1) de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC n'entraîne pas nécessairement des normes différentes de celles qui sont applicables en vertu de la Convention de Berne (1971), étant donné que nous avons établi que la possibilité de prévoir des

⁹⁹ Le texte complet de l'article 20 de la Convention de Berne (1971) est ainsi libellé:

"Les gouvernements des pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conférerait aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention. Les dispositions des arrangements existants qui répondent aux conditions précitées restent applicables."

¹⁰⁰ Paragraphe 27 de la deuxième communication écrite des Communautés européennes.

¹⁰¹ Paragraphe 4 de la déclaration orale faite par les États-Unis à la deuxième réunion avec le Groupe spécial.

exceptions mineures fait partie du contexte de ces articles. Compte tenu de ces indications contextuelles, nous allons examiner la portée des exceptions mineures admissibles aux droits exclusifs en question en appliquant les conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

6.82 S'agissant de l'argument des Communautés européennes selon lequel l'interprétation de l'article 13 donnée par les États-Unis est incompatible avec l'article 20 de la Convention de Berne (1971) et l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC parce que, selon cette interprétation, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC constitue une base pour des exceptions qui seraient incompatibles avec celles qui sont autorisées en vertu de la Convention de Berne (1971), nous notons que les États-Unis ne disent pas cela, mais plutôt que l'article 13 clarifie et énonce les normes applicables aux exceptions mineures dans le cadre de la Convention de Berne (1971). Étant donné que les arguments formulés par la CE en ce qui concerne ces dispositions ne seraient pertinents que si une constatation qui concernerait une incompatibilité avec la Convention de Berne (1971) était préconisée, nous ne jugeons pas nécessaire de les examiner plus avant.

v) *L'article 11bis 2) de la Convention de Berne (1971) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC*

6.83 L'article 11bis 2) de la Convention de Berne (1971) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC concerne les droits exclusifs conférés par l'article 11bis 1), y compris la communication publique d'une œuvre radiodiffusée au sens du sous-alinéa 3° de ce dernier. Il est libellé comme suit:

"Il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa 1) ci-dessus, mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente."

6.84 Cette disposition a été insérée dans l'Acte de Rome de 1928, lorsque le droit de radiodiffusion a été introduit pour la première fois. À la Conférence de Bruxelles de 1948, sa portée a été étendue pour englober les droits additionnels reconnus par l'article 11bis 1), y compris les droits relevant de l'article 11bis 1) 3°. L'article 11bis 2) ne s'applique pas aux droits prévus à l'article 11 1). La référence aux "conditions" est généralement comprise comme accordant aux pays la faculté de substituer au droit exclusif de l'auteur un régime de licences obligatoires¹⁰² ou de déterminer d'autres conditions pour autant qu'elles ne portent pas atteinte au droit du détenteur du droit d'obtenir une rémunération équitable.¹⁰³

6.85 Les Communautés européennes font valoir que toute exception aux droits énoncés à l'article 11bis 1) de la Convention de Berne (1971) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC devrait prévoir une rémunération équitable pour le détenteur du droit, ce que ne fait pas l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis. À cet égard, les Communautés européennes se réfèrent aux nombreux arguments étayant cette interprétation tels qu'ils sont développés dans la communication de l'Australie en tant que tierce partie.¹⁰⁴

¹⁰² Voir par exemple le Guide de la Convention de Berne, *op. cit.*, paragraphe 11bis.15, page 81.

¹⁰³ Les Communautés européennes notent qu'"[i]l semblerait qu'un pays puisse fixer des niveaux minimaux ou précis de redevances à acquitter pour les différentes utilisations protégées par l'article 11bis de la Convention de Berne. Un autre moyen d'assurer une rémunération équitable serait l'adoption d'un système de taxes applicables au matériel audio/télévisuel acheté par l'établissement autorisé à diffuser sans autorisation des œuvres protégées par un droit d'auteur, le produit des taxes ainsi recouvrées étant distribué aux détenteurs du droit". Voir la réponse des CE à la question n° 12 que le Groupe spécial leur a posée.

¹⁰⁴ Communication écrite de l'Australie, paragraphes 2.8 à 2.14, 3.7 à 3.14, 4.3 et 4.8.

6.86 Les États-Unis soutiennent que l'article 11*bis* 2) n'a pas d'incidence sur l'article 110 5); l'article 11*bis* 2) autorise simplement un pays à substituer une licence obligatoire, ou son équivalent, à un droit exclusif prévu à l'article 11*bis*. Ils ajoutent que l'article 11*bis* 2) n'est pas lié à la doctrine des exceptions mineures et n'a pas d'incidence sur la portée des exceptions admissibles en vertu de cette doctrine telle qu'elle s'applique dans le cadre de l'article 11*bis*.

6.87 Nous pensons que l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne de 1971 et l'article 13 visent des situations différentes. D'une part, l'article 11*bis* 2) autorise les Membres à régler les conditions d'exercice des droits conférés par l'article 11*bis* 1) 1° à 3°. L'imposition de telles conditions peut complètement remplacer le libre exercice du droit exclusif d'autoriser l'utilisation des droits définis aux alinéas 1° à 3° pour autant que ces conditions ne portent pas atteinte au droit à une rémunération équitable et aux droits moraux de l'auteur. Toutefois, à la différence de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne (1971) ne justifierait en aucun cas une utilisation gratuite.

6.88 D'autre part, il suffit qu'une Imitation des droits exclusifs ou une exception à ces droits prévus à l'article 11*bis* 1) de la Convention de Berne (1971) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC remplisse les trois conditions énoncées à l'article 13 dudit accord pour qu'elle soit admissible. Si ces trois conditions sont remplies, un gouvernement peut choisir entre diverses options pour limiter le droit en question, y compris l'utilisation gratuite et sans une autorisation du détenteur du droit. Cela n'est en conflit avec aucun des paragraphes de l'article 11*bis* parce que l'utilisation gratuite peut être permise pour des exceptions mineures en vertu de la doctrine des exceptions mineures qui s'applique, entre autres, également à l'article 11*bis*.

6.89 S'agissant des situations dans lesquelles les trois conditions susmentionnées ne seraient pas remplies, un gouvernement ne peut pas justifier une exception, y compris une exception comportant une utilisation gratuite, en invoquant l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, dans ces situations également l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne (1971) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC accorderait néanmoins aux Membres la faculté de substituer une licence obligatoire à un droit exclusif ou de déterminer d'autres conditions pour autant qu'elles ne portent pas atteinte au droit du détenteur du droit d'obtenir une rémunération équitable.

6.90 Nous pensons que notre interprétation donne sens et effet à l'article 11*bis* 2), à la doctrine des exceptions mineures telle qu'elle s'applique à l'article 11*bis*, et à l'article 13. Toutefois, à notre avis, selon l'interprétation suggérée par les Communautés européennes cela ne serait pas le cas, par exemple, dans les situations suivantes. Si une exception *de minimis* au droit conféré par l'article 11*bis* 1) 1° à 3° était assujettie à la prescription visant à assurer une rémunération équitable au sens de l'article 11*bis* 2), aucune exception quelle qu'elle soit aux droits reconnus à l'article 11*bis* 1) ne pourrait permettre une utilisation gratuite même si les trois critères énoncés à l'article 13 étaient remplis. En conséquence, des exceptions ou limitations restreintes seraient assujetties aux trois conditions énoncées à l'article 13 en plus de la prescription visant à assurer une rémunération équitable. Dans le même temps, on peut soutenir que des exceptions ou limitations plus larges ne remplissant pas les critères énoncés à l'article 13 pourraient néanmoins être justifiées au titre de l'article 11*bis* 2) pour autant que les conditions imposées garantissent, entre autres, une rémunération équitable. Une telle interprétation pourrait rendre l'article 13 quelque peu redondant parce que des exceptions restreintes seraient assujetties à toutes les prescriptions de l'article 13 et de l'article 11*bis* 2) de manière cumulative, alors que pour des exceptions plus larges la conformité à l'article 11*bis* 2) pourrait suffire. Dans les deux situations, il s'ensuivrait qu'aucune utilisation gratuite ne serait admissible. Ces exemples montrent des situations dans lesquelles il ne serait pas donné tout leur sens et plein effet aux termes et aux conditions figurant dans l'article 13, l'article 11*bis* 2) et la doctrine des exceptions mineures.

6.91 À notre avis, l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis énonce des exceptions qui permettent l'utilisation d'œuvres protégées sans une autorisation du détenteur du droit et gratuitement. Pour examiner si ces exceptions sont conformes aux obligations des États-Unis au titre de l'Accord sur les ADPIC, il faut appliquer l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. L'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne (1971) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC n'est pas pertinent en l'espèce; les États-Unis n'ont pas accordé un droit en ce qui concerne les utilisations visées par l'article 110 5) actuel, dont l'exercice aurait été assujéti à des conditions réglées par leur législation.

vi) *Résumé des limitations et exceptions*

6.92 Compte tenu de l'analyse qui précède, nous concluons que le contexte des articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne (1971) comprend, au sens de l'article 31 2) a) de la Convention de Vienne, la possibilité de prévoir des exceptions mineures aux droits exclusifs en question. Cette doctrine des exceptions mineures a été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC, en vertu de l'article 9:1 dudit accord, en même temps que ces dispositions de la Convention de Berne (1971). En conséquence, la doctrine est pertinente car elle fait partie du contexte des articles 11 1) 2° et 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC.

6.93 S'agissant de la portée des limitations et exceptions admissibles dans le cadre de la doctrine des exceptions mineures, nous concluons que la doctrine concerne essentiellement l'utilisation *de minimis*, mais que par ailleurs son application n'est pas limitée aux exemples donnés dans les rapports des conférences de révision de la Convention de Berne tenues à Bruxelles et à Stockholm, aux utilisations exclusivement non commerciales ou aux exceptions énoncées dans la législation nationale qui existaient avant 1967. Toutefois, nous notons que les rapports des Conférences de Bruxelles et de Stockholm sont peu concluants en ce qui concerne la portée précise des exceptions qui peuvent être prévues dans la législation nationale.

6.94 Nous concluons que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC s'applique aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, étant donné que ni le libellé exprès ni le contexte de l'article 13 ou de toute autre disposition de l'Accord sur les ADPIC n'étaient l'interprétation selon laquelle le champ d'application de l'article 13 est limité aux droits exclusifs nouvellement introduits dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.

6.95 Nous concluons également que l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne (1971) tel qu'il est incorporé dans l'Accord sur les ADPIC accorde aux Membres la faculté de substituer une licence obligatoire à un droit exclusif prévu à l'article 11*bis* 1), ou de déterminer d'autres conditions pour autant qu'elles ne portent pas atteinte aux droits du détenteur du droit d'obtenir une rémunération équitable. L'article 11*bis* 2) n'est pas pertinent en l'espèce parce que les États-Unis n'ont pas accordé un droit en ce qui concerne les utilisations visées par l'article 110 5) actuel, dont l'exercice aurait été assujéti à des conditions réglées par leur législation.

6.96 Nous allons maintenant appliquer les trois conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC aux exceptions énoncées à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis en relation avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC.

2. Le triple critère énoncé à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC

a) Introduction générale

6.97 L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC exige que les limitations des droits exclusifs et exceptions à ces droits 1) soient restreintes à certains cas spéciaux 2) ne portent pas atteinte à

l'exploitation normale de l'œuvre et 3) ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.¹⁰⁵ Le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile exige que nous donnions un sens distinct à chacune des trois conditions et évitions une interprétation qui pourrait rendre l'une quelconque des conditions "redondante ou inutile".¹⁰⁶ Les trois conditions s'appliquent de manière cumulative, chacune étant une prescription séparée et indépendante à laquelle il doit être satisfait. Si l'une quelconque des trois conditions n'est pas remplie l'exception énoncée à l'article 13 ne peut pas être invoquée. Les deux parties reconnaissent le caractère cumulatif des trois conditions. Le Groupe spécial partage leur avis. Il convient de noter d'emblée que l'article 13 ne peut avoir qu'un champ d'action restreint ou limité. Sa teneur, bel et bien compatible avec les dispositions de l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971), montre qu'il ne s'agissait pas de prévoir des exceptions ou des limitations autres que d'un caractère limité. Son champ d'action restreint apparaîtra lors de notre discussion et de l'application que nous ferons de ses dispositions dans les paragraphes ci-après.

6.98 Dans les paragraphes qui suivent, nous allons tout d'abord étudier d'une manière générale, à la lumière des arguments présentés par les parties, l'interprétation de la première condition énoncée à l'article 13. Nous examinerons ensuite successivement les alinéas B) et A) de l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur des États-Unis, telle qu'elle a été modifiée par la Loi de 1998 sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales et qui énoncent, respectivement, l'exception pour usage de type privé et l'exception pour usage dans des entreprises commerciales. Nous commencerons par l'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) parce qu'elle est au centre de la plupart des arguments formulés par les parties. Nous étudierons ensuite de la même manière l'interprétation des deuxième et troisième conditions et les appliquerons aux alinéas B) et A) de l'article 110 5).

6.99 Les parties se sont dans une large mesure fondées sur des renseignements factuels semblables pour étayer les arguments juridiques qu'elles ont présentés au regard de chacune des trois conditions énoncées à l'article 13. Il nous incombe d'évaluer ces renseignements sous différents angles au regard des trois conditions qui imposent des prescriptions différentes pour justifier les exceptions ou limitations. Nous examinerons la portée définie et limitée des exceptions en cause au regard de la première condition et concentrerons notre attention sur la mesure dans laquelle il est porté atteinte à l'exploitation normale des œuvres au regard de la deuxième condition. En ce qui concerne la troisième condition, nous examinerons l'ampleur du préjudice causé aux intérêts légitimes du détenteur du droit à la lumière des renseignements communiqués par les parties.

6.100 Lorsqu'ils ont communiqué ces renseignements factuels, les États-Unis se sont attachés à décrire l'incidence immédiate et directe que l'introduction des exceptions dans leur législation a eue sur les détenteurs du droit d'auteur; c'est ce que l'on peut appeler les effets *réels* des exceptions. Les États-Unis font valoir que les pertes réelles aussi bien que les pertes potentielles peuvent être pertinentes pour l'analyse, mais qu'il est essentiel d'effectuer une évaluation réaliste des conditions qui prévalent sur le marché; le seul moyen d'éviter le risque d'arbitraire est de fonder l'analyse sur des conditions de marché réalistes.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Voir plus haut le texte de l'article au paragraphe 6.31 et dans la note de bas de page 93. Comme nous l'avons indiqué plus haut au paragraphe 6.72, le libellé de l'article 13 s'inspire dans une large mesure de celui de l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971) qui s'applique, toutefois, uniquement aux droits de reproduction. En raison de la similitude des libellés, nous considérons que les travaux préparatoires concernant l'article 9 2) de la Convention de Berne et l'application de cet article dans la pratique peuvent avoir une pertinence contextuelle pour interpréter l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 26.

¹⁰⁷ Deuxième communication orale des États-Unis, paragraphe 18.

6.101 Les Communautés européennes soulignent qu'il importe de tenir compte de la façon dont les exceptions affectent les possibilités qu'ont les détenteurs de droits d'exercer leurs droits exclusifs ainsi que de l'incidence indirecte des exceptions; c'est ce que l'on peut appeler les effets *potentiels* des exceptions. Nous examinerons ci-dessous la question de savoir dans quelle mesure nous devrions nous attacher à l'incidence réelle sur le détenteur du droit et dans quelle mesure nous devrions également tenir compte de l'incidence potentielle.

b) "Certains cas spéciaux"

i) *Analyse interprétative générale*

6.102 En invoquant l'exception prévue à l'article 13, qui, selon eux, énonce et clarifie la doctrine des exceptions mineures, les États-Unis allèguent que les deux alinéas A) et B) de l'article 110 5) satisfont à la norme concernant une application restreinte à "certains cas spéciaux".

6.103 Les États-Unis estiment que du fait que l'Accord sur les ADPIC ne précise pas selon quels critères un cas est considéré comme "spécial", les Membres sont libres de déterminer pour eux-mêmes si un cas particulier représente une base appropriée pour invoquer une exception.¹⁰⁸ Mais ils reconnaissent que l'élément essentiel de la première condition est que les exceptions doivent être bien définies et d'application limitée.¹⁰⁹

6.104 Selon les Communautés européennes, une exception doit être bien définie et de portée étroite pour satisfaire aux prescriptions relevant de la première condition. À leur avis, dans l'affaire à l'étude, le nombre d'établissements qui en vertu des alinéas A) et B) de l'article 110 5) ne sont pas tenus de payer des redevances pour l'utilisation de droits exclusifs est si important que les exceptions énoncées dans ces alinéas constituent la règle plutôt qu'une exception.¹¹⁰

6.105 Les Communautés européennes font valoir que, vu le libellé de la première condition énoncée à l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971), qui fait partie du contexte de l'article 13, une exception devrait avoir un "but spécial". Pour les Communautés européennes, dans le cas de l'article 110 5), il n'y a pas de politique générale publique spéciale ou d'autres circonstances exceptionnelles qui font qu'il serait inapproprié ou impossible de faire respecter les droits exclusifs conférés par les articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne (1971). De l'avis des CE, les alinéas de l'article 110 5) ne visent pas à atteindre des objectifs de politique générale publique légitimes.

6.106 De l'avis des États-Unis, si tant est que le but d'une exception soit pertinent, l'Accord sur les ADPIC exige uniquement qu'une exception ait un objectif de politique générale spécifique. Il n'impose aucune prescription quant à la légitimité des objectifs de politique générale qu'un pays donné pourrait considérer comme spéciaux à la lumière de sa propre histoire et de ses priorités nationales.

6.107 Nous entamons notre analyse de la première condition énoncée à l'article 13 en nous référant au sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Il semble que les notions d'"exceptions" et de "limitations", mots qui figurent au début de l'article 13, se chevauchent en partie en ce sens qu'une "exception" désigne une dérogation à un droit exclusif accordée en vertu de la législation nationale à certains égards, alors qu'une "limitation" désigne une réduction d'un tel droit dans une certaine mesure.

¹⁰⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 24.

¹⁰⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 29.

¹¹⁰ Première déclaration orale des CE, paragraphes 66 et suivants et deuxième communication écrite des CE, paragraphe 31.

6.108 Le sens ordinaire de "certain" est "connu et particularisé, mais pas explicitement identifié", "déterminé, fixe, non variable; défini, précis, exact".¹¹¹ Autrement dit, ce terme signifie que, selon la première condition, une exception ou limitation prévue dans la législation nationale doit être clairement définie. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'identifier explicitement chacune des situations éventuelles auxquelles l'exception pourrait s'appliquer, pour autant que la portée de l'exception soit connue et particularisée. Cela garantit un degré suffisant de sécurité juridique.

6.109 Nous devons également donner pleinement effet au sens ordinaire du troisième mot figurant dans la première condition. Le terme "spécial" signifie "ayant une application ou une fin particulière ou limitée", "détaillé; précis, spécifique", "d'une qualité ou d'une importance exceptionnelle; inhabituel; hors du commun" ou "reconnaissable d'une certaine façon".¹¹² Ce terme signifie qu'il faut plus qu'une définition claire pour satisfaire à la norme établie par la première condition. En outre, une exception ou limitation devrait avoir un champ d'application limité ou une portée exceptionnelle. Autrement dit, une exception ou limitation devrait être restreinte au sens quantitatif aussi bien que qualitatif. Cela laisse entendre une portée restreinte ainsi qu'un objectif exceptionnel ou reconnaissable. Pour placer cet aspect de la première condition dans le contexte de la deuxième condition ("ne portent pas atteinte à l'exploitation normale"), une exception ou limitation devrait être l'opposé d'un cas non spécial, c'est-à-dire un cas normal.

6.110 Le sens ordinaire du terme "cas" recouvre un "phénomène", une "circonstance" ou un "événement" ou un "fait".¹¹³ Par exemple, dans le contexte du différend à l'étude, le "cas" pourrait être décrit en fonction des bénéficiaires des exceptions, du matériel utilisé, des sortes d'œuvres concernées ou d'autres facteurs.

6.111 En ce qui concerne les arguments des parties sur le point de savoir si le but de politique générale publique d'une exception est pertinent, nous pensons que l'expression "certains cas spéciaux" ne devrait pas à la légère être assimilée à "but spécial".¹¹⁴ Il est difficile de concilier le libellé de l'article 13 avec l'idée qu'une exception ou limitation doit être justifiée par un but de politique générale publique légitime pour remplir la première condition énoncée dans l'article. Nous rappelons également à cet égard que pour interpréter d'autres règles de l'OMC, comme les clauses relatives au traitement national du GATT et de l'AGCS, l'Organe d'appel a rejeté des critères d'interprétation qui étaient fondés sur l'objectif ou le but subjectif que la législation nationale visait à atteindre.¹¹⁵

¹¹¹ The New Shorter Oxford English Dictionary ("Oxford English Dictionary"), Oxford (1993), page 364.

¹¹² Oxford English Dictionary, page 2971.

¹¹³ Oxford English Dictionary, page 345.

¹¹⁴ Nous notons que l'expression "but spécial" a été mentionnée pour interpréter l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971) qui est en grande partie libellé de la même façon. Voir Ricketson, *The Berne Convention*, *op. cit.*, page 482. Nous sommes prêts à tenir compte de "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" comme "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit". Nous nous référons à ce membre de phrase au sens de l'article 38 d) du Statut de la Cour internationale de Justice qui fait état de cette "doctrine" (ou, en anglais, "teachings") comme "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit". Mais nous sommes prudents lorsqu'il s'agit d'utiliser l'interprétation d'un terme donnée dans le contexte d'une exception relative au droit de reproduction pour interpréter les mêmes termes dans le contexte d'une exception en grande partie libellée de la même façon concernant d'autres droits exclusifs conférés par le droit d'auteur.

¹¹⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques*, *op. cit.*, pages 21 à 25 concernant le rejet du critère dit des "buts et effets" dans le contexte de la clause de l'article III du GATT de 1994 relative au traitement national. Voir également le rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, *op. cit.*, paragraphes 241, 243 et 246 concernant le rejet du critère des "buts et effets" dans le contexte de la clause de l'article XVII de l'AGCS relative au traitement national.

6.112 À notre avis, la première condition énoncée à l'article 13 exige qu'une limitation ou exception prévue dans la législation nationale soit clairement définie et ait une portée et étendue restreintes. D'un autre côté, une limitation ou exception peut être compatible avec la première condition, même si elle vise à atteindre un but spécial dont la légitimité fondamentale au sens normatif ne peut pas être perçue. Le libellé de la première condition énoncée à l'article 13 n'implique pas d'émettre un jugement sur la légitimité des exceptions en cause. Toutefois, les buts de politique générale publique déclarés par les législateurs lorsqu'ils adoptent une limitation ou exception peuvent être utiles du point de vue factuel pour faire des déductions au sujet de la portée d'une limitation ou exception ou de la clarté de sa définition.

6.113 Dans l'affaire à l'étude, pour déterminer si les alinéas B) et A) de l'article 110 5) sont restreints à "certains cas spéciaux", nous examinons tout d'abord si les exceptions ont été clairement définies. Deuxièmement, nous vérifions si les exceptions ont une portée restreinte, entre autres, pour ce qui est de leur étendue. À cet égard, nous tenons compte du pourcentage d'établissements de restauration et débits de boissons et d'établissements de vente au détail qui peuvent bénéficier de l'exception pour usage dans les entreprises commerciales en vertu de l'alinéa B), et ensuite du pourcentage d'établissements qui peuvent se prévaloir de l'exception pour usage de type privé en vertu de l'alinéa A). À titre subsidiaire, nous examinons s'il est possible de faire des déductions au sujet de l'étendue des exceptions pour usage dans des entreprises commerciales et pour usage de type privé à partir des buts de politique générale déclarés qui sous-tendent ces exceptions selon les déclarations faites au cours du processus législatif aux États-Unis.¹¹⁶

ii) *L'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B)*

6.114 Comme il est indiqué plus haut, les États-Unis font valoir que l'élément essentiel de la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC est que les exceptions doivent être bien définies et d'application limitée. Ils allèguent que l'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) satisfait aux prescriptions de la première condition énoncée à l'article 13, parce qu'elle est clairement définie à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis par des limitations concernant la superficie en pieds carrés et le matériel.¹¹⁷

6.115 De l'avis des États-Unis, si tant est que le but d'une exception soit pertinent, la première condition exige uniquement que l'exception ait un objectif de politique générale spécifique, mais n'impose pas de prescription quant aux objectifs de politique générale qu'un pays donné pourrait considérer comme spéciaux à la lumière de sa propre histoire et de ses priorités nationales. En ce qui concerne l'exception pour usage dans des entreprises commerciales, les États-Unis allèguent que l'objectif de politique générale spécifique visé par cette exception est d'encourager les petites entreprises et de prévenir les tactiques abusives des CMO.¹¹⁸

6.116 Les Communautés européennes soutiennent que l'exception pour usage dans des entreprises commerciales a une trop vaste portée pour être considérée comme un "certain cas spécial", étant donné le grand nombre d'établissements qui sont susceptibles d'en bénéficier. À leur avis, il est sans intérêt que la dimension des établissements et le type de matériel soient clairement définis, lorsqu'en raison de la vaste portée de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales une exception devient la règle.

¹¹⁶ Nous examinons en premier l'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) parce qu'elle est au centre de la plupart des arguments formulés par les parties. Nous examinons ensuite à son tour l'exception pour usage de type privé sous sa forme actuelle telle qu'elle est énoncée à l'alinéa A).

¹¹⁷ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 29.

¹¹⁸ *Ibid.*

6.117 Il semble que les Communautés européennes ne contestent pas le fait que l'alinéa B) est clairement défini en ce qui concerne les limites de superficie des établissements et le type de matériel qui peut être utilisé par les établissements dépassant les limites applicables.¹¹⁹ Le principal sujet de désaccord entre les parties est le point de savoir si l'exception pour usage dans des entreprises commerciales, vu sa portée et son étendue, peut être considérée comme un cas "spécial" au sens de la première condition énoncée à l'article 13.

6.118 Le Service de recherche du Congrès ("CRS") a estimé en 1995 le pourcentage des établissements de restauration et débits de boissons et des établissements de vente au détail aux États-Unis qui auraient été à cette époque au-dessous des limites de superficie de 3 500 pieds carrés et 1 500 pieds carrés respectivement. Il est ressorti de son étude que:

- d) 65,2 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration;
- e) 71,8 pour cent de l'ensemble des débits de boissons; et
- f) 27 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail

auraient été au-dessous de ces limites de superficie.¹²⁰

6.119 Les États-Unis confirment ces chiffres en ce qui concerne les établissements de restauration et débits de boissons.¹²¹

6.120 Nous notons que cette étude a été effectuée en 1995 sur la base de la limite de superficie de 3 500 pieds carrés pour les établissements de restauration et débits de boissons, et de la limite de superficie de 1 500 pieds carrés pour les établissements de vente au détail, alors que les limites de superficie applicables actuellement au titre de l'alinéa B) sont de 3 750 pieds carrés pour les établissements de restauration et débits de boissons et de 2 000 pieds carrés pour les établissements de vente au détail. En conséquence, à notre avis, on peut considérer que le pourcentage réel d'établissements susceptibles de bénéficier de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales qui a finalement été adoptée dans le cadre de la Loi de 1998 sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales est plus élevé que les pourcentages susmentionnés.

6.121 Les États-Unis ont également présenté des estimations établies par l'Association nationale des restaurateurs (NRA) concernant ses membres.¹²² Selon ces estimations, parmi les membres de l'Association, 36 pour cent des restaurants avec service à la table (assuré par des serveurs) ont une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés et environ 95 pour cent des restaurants à service rapide ont une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés.¹²³ Nous ne sommes pas à même de concilier pleinement les estimations de 1995 du CRS et celles de la NRA parce que nous n'avons pas eu de

¹¹⁹ Nous rappelons que les bénéficiaires de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales sont divisés en deux catégories: les établissements autres que les établissements de restauration ou débits de boissons ("établissements de vente au détail"), et les établissements de restauration et débits de boissons. Dans chaque catégorie, les établissements dont la superficie est inférieure à une certaine limite (2 000 et 3 750 pieds carrés, respectivement) bénéficient de l'exception quel que soit le type de matériel qu'ils utilisent. Si la superficie d'un établissement est supérieure à la limite applicable, l'exception s'applique pour autant que l'établissement ne dépasse pas les limites fixées pour le matériel utilisé. Pour plus de détails, voir les paragraphes 2.10 et 2.14 de la section II "Aspects factuels" du présent rapport.

¹²⁰ Voir également plus haut le paragraphe 2.11.

¹²¹ Pièce n° 16 des États-Unis.

¹²² Réponse des États-Unis à la question n°9 que le Groupe spécial leur a posée et pièce confidentielle n° 18 des États-Unis.

¹²³ Voir également plus haut le paragraphe 2.13.

renseignements sur la mesure dans laquelle les membres de la NRA étaient représentatifs de l'ensemble des restaurants aux États-Unis ni sur la proportion de ses membres qui étaient des restaurants avec service à la table ou des restaurants à service rapide. En conséquence, nous nous bornons à dire que les chiffres de la NRA ne semblent pas contredire les estimations figurant dans l'étude du CRS de 1995.

6.122 En 1999, Dun & Bradstreet, Inc. ("D&B") a été priée par l'ASCAP de mettre à jour l'étude du CRS de 1995 sur la base des données de 1998 et des critères énoncés dans la modification de 1998.¹²⁴ Les Communautés européennes indiquent que la méthodologie utilisée par D&B en 1998/99 était identique à la méthodologie utilisée au cours de l'analyse que cette société avait effectuée en 1995 pour le CRS pendant le processus législatif qui avait finalement abouti à l'adoption de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales. L'étude de D&B de 1999¹²⁵ conclut qu'environ 73 pour cent de l'ensemble des débits de boissons, 70 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration et 45 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail aux États-Unis sont habilités en vertu de l'alinéa B), sans aucune limitation concernant le matériel, à diffuser de la musique émise par la radio et la télévision dans leurs locaux commerciaux sans le consentement des détenteurs de droits.¹²⁶

6.123 Nous notons que les États-Unis ne confirment pas les chiffres de l'étude de D&B de 1999, mais les ont utilisés, pour les besoins de l'argumentation, comme base de calcul pour déterminer les

¹²⁴ Voir également le paragraphe 2.12 et la pièce n° 7 des CE. Selon les Communautés européennes, le document de 1998/99 de D&B "Dun's Market Identifiers Market Profile" est une base de données couvrant plus de 6,5 millions d'entreprises des États-Unis sur la base de la superficie en pieds carrés. Les Communautés européennes indiquent que les chiffres figurant dans les études de D&B comprennent les bars, les restaurants, les salons de thé, les snack-bars, etc. et les magasins de vente au détail. Toutefois, d'autres secteurs, tels que hôtels, points de vente de services financiers, agents immobiliers et autres types de fournisseurs de services, dans lesquels un certain nombre d'établissements bénéficieront probablement aussi de l'exception, n'ont pas été pris en compte.

¹²⁵ Selon les renseignements communiqués par les Communautés européennes, le nombre d'établissements couverts par la base de données de D&B en 1998 s'établissait comme suit:

- a) 7 819 débits de boissons d'une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés, ce qui représente 73 pour cent de l'ensemble des débits de boissons des États-Unis figurant dans la base de données de D&B;
- b) 51 385 établissements de restauration d'une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés, ce qui représente 70 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration des États-Unis figurant dans la base de données de D&B;
- c) 65 589 établissements de vente au détail d'une superficie inférieure à 2 000 pieds carrés, soit 45 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail des États-Unis figurant dans la base de données de D&B.

En outre, les estimations totales établies par D&B étaient les suivantes:

- a) 49 061 débits de boissons d'une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés, ce qui représente 85 pour cent de l'ensemble des débits de boissons des États-Unis figurant dans la base de données de D&B;
- b) 192 692 établissements de restauration d'une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés, ce qui représente 68 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration des États-Unis figurant dans la base de données de D&B;
- c) 281 406 établissements de vente au détail d'une superficie inférieure à 2 000 pieds carrés, soit 42 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail des États-Unis figurant dans la base de données de D&B. Voir la pièce n° 7 des CE.

¹²⁶ Les Communautés européennes calculent que le nombre d'établissements de restauration, de débits de boissons et d'établissements de vente au détail qui sont au-dessous des limites de superficie énoncées à l'alinéa B), par rapport au nombre d'établissements qui ont une superficie inférieure à celle du restaurant qui était exploité par M. Aiken, a augmenté de 437 pour cent, 540 pour cent et 250 pour cent respectivement. Nous ne souhaitons pas accepter ou rejeter les pourcentages établis dans le cadre de ces estimations, mais nous notons qu'il y a, en ce qui concerne le champ d'application, une grande différence entre l'exception initiale pour usage de type privé et la nouvelle exception pour usage dans des entreprises commerciales.

pertes éventuelles subies par les détenteurs des droits des CE du fait de l'exception énoncée à l'alinéa B).¹²⁷

6.124 Étant donné le caractère vague des explications qui nous ont été fournies au sujet de la méthodologie utilisée pour l'étude de D&B de 1999¹²⁸, nous ne sommes pas en mesure de réévaluer exactement les résultats de cette étude et les tendances qu'elle fait apparaître. Mais il semble que les résultats de l'étude de D&B de 1999 sont en grande partie compatibles avec les résultats de l'étude du CRS de 1995 et les tendances qu'elle fait apparaître.

6.125 Au sujet de ces études, les Communautés européennes font observer que ces établissements représentant 70 pour cent des établissements de restauration et débits de boissons et 45 pour cent des établissements de vente au détail sont tous des utilisateurs potentiels de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales, parce qu'ils peuvent à tout moment, sans la permission des détenteurs de droits, commencer à passer de la musique radiodiffusée amplifiée.¹²⁹

6.126 Les États-Unis soutiennent que même si 70 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration et débits de boissons et 45 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail sont impliqués par les limites de superficie énoncées à l'alinéa B) après la modification de 1998, bon nombre de ces établissements devraient être retranchés des chiffres pour diverses raisons. Cela concerne notamment i) les établissements qui ne diffusent pas du tout de musique; ii) les établissements qui cesseraient de diffuser de la musique s'ils devaient payer des droits; iii) les établissements qui diffusent de la musique à partir de sources autres que la radio ou la télévision, telles que bandes, disques compacts, juke-box ou exécutions en direct; iv) les établissements qui n'avaient pas de licence avant l'adoption de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales en 1998; v) les établissements qui tireraient avantage d'accords de licence collective comme celui qui a été conclu entre la NLBA et les CMO.¹³⁰

6.127 Nous pensons comme les Communautés européennes que c'est la portée du point de vue des utilisateurs potentiels qui est pertinente pour déterminer si le champ d'application de l'exception est suffisamment limité pour être considéré comme un "certain cas *spécial*". Il est vrai certes, comme les États-Unis le font valoir, que certains établissements pourraient éteindre la radio ou la télévision s'ils devaient payer des droits, mais d'autres établissements qui auparavant ne diffusaient pas de musique pourraient le faire, puisqu'en vertu de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales l'utilisation de la musique est gratuite. Certains établissements qui ont utilisé de la musique enregistrée pourraient décider d'opter pour de la musique radiodiffusée afin d'éviter de payer des droits de licence. Il est clair que, lorsque nous examinons l'exception, nous devons également considérer son incidence sur l'utilisation d'autres sources de musique substituables. En conséquence, nous ne considérons pas que les calculs des États-Unis concernant les établissements devant être retranchés des estimations du CRS ou de D&B soient pertinents pour déterminer la portée potentielle de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales au regard de la première condition énoncée à l'article 13.

6.128 Nous nous référons à notre analyse concernant la troisième condition énoncée à l'article 13, contexte dans lequel nous examinerons plus en détail la pertinence des arguments des États-Unis concernant les cinq types d'établissements qui devraient être retranchés des pourcentages susmentionnés et les effets probables de l'exception sur la concession de licences pour d'autres sources

¹²⁷ Deuxième communication des États-Unis, paragraphes 33 à 48.

¹²⁸ Pièce n° 7 des CE.

¹²⁹ Cf. plus loin la discussion sur les effets réels et potentiels aux paragraphes 184 et suivants.

¹³⁰ Nous examinons les calculs effectués par les États-Unis en ce qui concerne la troisième condition énoncée à l'article 13 dans la sous-section "Les autres calculs des parties concernant les pertes subies par les détenteurs de droits" aux paragraphes 6.252 et suivants.

de musique.¹³¹ Dans ce contexte, nous examinerons également l'argument des États-Unis selon lequel de nombreux établissements n'avaient de licence avant l'adoption de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales et de nombreux établissements visés par l'alinéa B) adhéreraient probablement à l'accord de licence collective conclu entre la NLBA et les CMO.

6.129 Les États-Unis ne semblent pas faire de distinction entre, d'une part, les établissements de restauration et débits de boissons ou établissements de vente au détail dont la dimension entre dans le cadre des limites applicables énoncées à l'alinéa B), et, d'autre part, les établissements plus grands qui peuvent toujours utiliser de la musique gratuitement s'ils se conforment aux limitations applicables en matière de matériel (par exemple celles qui concernent le nombre de haut-parleurs par pièce ou la dimension de l'écran).¹³² Nous n'avons pas eu de renseignements sur le nombre en chiffres absolus ou la proportion de ces établissements plus grands admis à bénéficier de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales. On relèvera simplement que le pourcentage de l'ensemble des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail aux États-Unis susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'alinéa B) pourrait être encore plus élevé que ce que les chiffres ou estimations susmentionnés donnent à penser.

6.130 Les États-Unis notent en outre que les prohibitions frappant la perception de droits d'admission et la retransmission qui sont énoncées aux sous-alinéas iii) et iv) de l'alinéa B) limitent le domaine d'application de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales. Les Communautés européennes soutiennent que ces prohibitions ne peuvent en aucune manière limiter l'incidence de l'exception. Nous n'avons pas eu de renseignements sur le point de savoir si ces prohibitions réduisent sensiblement le nombre d'établissements qui pourraient autrement être admis à bénéficier de l'exception. Compte tenu de ce fait, nous rappelons nos considérations générales au sujet de l'attribution en dernier ressort de la charge de la preuve pour invoquer des exceptions.

6.131 Nous notons que, selon des travaux préparatoires y relatifs, l'article 11*bis* iii) de la Convention de Berne (1971) était censé accorder aux détenteurs de droits le droit d'autoriser l'utilisation de leurs œuvres dans les sortes d'établissements visées par l'exception énoncée à l'article 100 5) B). Plus précisément, les travaux préparatoires de la Conférence de Bruxelles de 1948 indiquent que les établissements qui étaient censés être visés étaient "partout où les hommes se réunissent: au cinéma, au restaurant, à l'hôtel, au salon de thé et jusque dans les wagons de chemin de fer ...". Les travaux préparatoires mentionnent également des lieux tels que les usines, les magasins et les bureaux.¹³³ Nous ne voyons pas en quoi une loi qui prévoit une exception pour une grande partie des utilisateurs qui étaient expressément censés être visés par les dispositions de l'article 11*bis* 2 3°) pourrait être considérée comme un cas *spécial* au sens de la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

6.132 Nous n'ignorons pas que les établissements de restauration, les débits de boissons et les établissements de vente au détail ne sont pas les seuls utilisateurs potentiels d'œuvres musicales couvertes par les droits exclusifs conférés par les articles 11*bis* 3°) et 11 1) 2°) de la Convention de Berne (1971). Les États-Unis ont mentionné, entre autres, les conventions, les foires et les

¹³¹ Ces sources comprennent par exemple les disques compacts, les bandes, les juke-box ou la musique exécutée en direct. La musique diffusée à la radio et à la télévision est probablement plus facilement interchangeable avec de la musique enregistrée qu'avec de la musique exécutée en direct. Toutefois, ce n'est pas parce qu'il y a un degré d'élasticité de substitution différent que l'effet de substitution entre différentes sources de musique est négligeable.

¹³² Voir la section II "Aspects factuels", paragraphe 2.14.

¹³³ Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948, publiés par les BIRPI en 1951, page 266. Lorsqu'il traite de cette disposition, le Guide de la Convention de Berne mentionne les "cafés, restaurants, salons de thé, hôtels, grands magasins, wagons de chemins de fer, avions, etc.", *op. cit.*, paragraphe 11*bis*.11, page 80. (Pour une citation plus complète, voir plus haut la note de bas de page 33).

manifestations sportives comme d'autres utilisateurs potentiels d'exécutions d'œuvres au sens des articles susmentionnés. Toutefois, nous pensons que ces exemples d'autres utilisateurs potentiels n'enlèvent rien au fait que les établissements de restauration, les débits de boissons et les établissements de vente au détail font partie des principaux groupes d'utilisateurs potentiels des œuvres selon les modes qui sont visés par les articles susmentionnés.

6.133 Les renseignements factuels qui nous ont été présentés indiquent qu'une vaste majorité des établissements de restauration et débits de boissons et près de la moitié des établissements de vente au détail sont visés par l'exception énoncée à l'alinéa B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis. En conséquence, nous concluons que l'exception ne constitue pas un "certain cas spécial" au sens de la première condition énoncée à l'article 13.

6.134 Les Communautés européennes signalent que le champ d'application potentiel des deux exceptions énoncées à l'article 110 5) risquerait de s'élargir encore du fait que les alinéas A) et B) pourraient vraisemblablement s'appliquer à la transmission d'œuvres musicales par Internet. Étant donné que nous avons constaté que l'exception pour usage dans des entreprises commerciales ne remplissait pas la première condition énoncée à l'article 13, indépendamment du point de savoir si elle implique potentiellement la transmission d'œuvres par Internet, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner cette question dans le contexte de l'alinéa B). Toutefois, nous l'aborderons lorsque nous examinerons l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A) au regard de la première condition énoncée à l'article 13.

iii) L'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A)

6.135 Nous allons maintenant examiner si l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A), sous la forme sous laquelle elle est actuellement en vigueur aux États-Unis, constitue un "certain cas spécial" au sens de la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

6.136 Les États-Unis soutiennent que l'exception énoncée à l'alinéa A) est restreinte à "certains cas spéciaux", parce que sa portée est limitée à l'utilisation faisant intervenir un appareil récepteur "pour usage de type privé". À leur avis, dans la version modifiée de 1998 également, c'est une norme bien définie fondée sur des faits spécifiques. La description identique pour l'essentiel de l'exception pour usage de type privé figurant à l'article 110 5) initial de 1976 était suffisamment claire et bien circonscrite pour que les tribunaux des États-Unis appliquent raisonnablement et systématiquement l'exception, y compris la limitation concernant la superficie en pieds carrés depuis l'affaire *Aiken*, dans un certain nombre de décisions qu'ils ont rendues. Pour les États-Unis, le fait que les juges ont apprécié les divers facteurs de manière un peu différente lorsqu'ils ont rendu leurs décisions est simplement une caractéristique d'un système fondé sur la "common law".

6.137 Les Communautés européennes prétendent que les critères relatifs à l'exception pour usage de type privé définis à l'alinéa A) sont formulés de manière ambiguë parce que l'expression "appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers" est en elle-même imprécise et est comme une "cible qui ne cesse de se déplacer" en fonction de l'évolution technologique. Par ailleurs, la diversité des approches suivies par les tribunaux des États-Unis ainsi que des facteurs qu'ils ont pris en considération pour appliquer la version initiale de l'exception pour usage de type privé est la preuve, pour les Communautés européennes, que le libellé de l'alinéa A) de l'article 110 5) est vague et se prête à différentes interprétations.

Bénéficiaires de l'exception pour usage de type privé

6.138 Le libellé de la version modifiée de l'article 110 5) A) est pour l'essentiel identique à celui de l'article 110 5) dans sa version antérieure de 1976, mis à part le membre de phrase introductif "sous

réserve des dispositions de l'alinéa B)". En conséquence, nous estimons que la pratique, telle qu'elle ressort des jugements rendus par les tribunaux des États-Unis après 1976 au sujet de l'exception initiale pour usage de type privé peut être considérée comme donnant une indication factuelle de l'étendue de cette exception même après la modification de 1998.

6.139 Nous rappelons que dans l'affaire *Twentieth Century Music Corp. contre Aiken*¹³⁴, la Cour a décidé que le propriétaire d'un petit restaurant à service rapide était exonéré de toute responsabilité pour atteinte au droit d'auteur lorsqu'il diffusait de la musique à l'aide d'une radio raccordée à quatre haut-parleurs situés au plafond. La superficie de l'établissement était de 1055 pieds carrés (98 m²), dont 620 pieds carrés (56 m²) étaient ouverts au public. Dans l'évolution de la jurisprudence, à la suite de l'inclusion de l'exception initiale pour usage de type privé dans la Loi de 1976 sur le droit d'auteur en réaction au jugement rendu dans l'affaire *Aiken*, les tribunaux des États-Unis ont pris en considération un certain nombre de facteurs pour déterminer si un magasin ou un restaurant pouvait bénéficier de cette exception.¹³⁵ Ces facteurs étaient notamment les suivants: i) la dimension matérielle d'un établissement du point de vue de sa superficie en pieds carrés (par comparaison avec la dimension du restaurant de *M. Aiken*; ii) la mesure dans laquelle l'appareil récepteur pouvait être considéré comme couramment utilisé dans les foyers; iii) la distance entre le récepteur et les haut-parleurs; iv) le nombre de haut-parleurs; v) la question de savoir si les haut-parleurs étaient indépendants ou encastrés dans le plafond; vi) la question de savoir si, en fonction de son chiffre d'affaires, l'établissement était d'un type qui normalement s'adonnerait à un service de musique de fond; vii) le niveau sonore dans les zones à l'intérieur de l'établissement où les émissions pouvaient être entendues ou vues; et viii) la configuration de l'installation. Dans certains circuits fédéraux, les tribunaux des États-Unis sont essentiellement concentrés sur les termes mêmes de l'exception pour usage de type privé qui font référence à "un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers".

6.140 Les Communautés européennes soulignent que dans certaines affaires portées devant les tribunaux des États-Unis, il a été jugé que les grandes chaînes de magasins pouvaient bénéficier de l'exception à condition que chaque succursale satisfasse aux critères relatifs à cette exception, par exemple en ce qui concerne la dimension de l'établissement et la puissance du matériel qu'il utilisait quels que soient le régime de propriété et la dimension économique ou la structure d'organisation de la chaîne de magasins.¹³⁶ Nous croyons comprendre que les Communautés européennes ne soutiennent pas que la capacité de payer d'une chaîne de magasins ou le nombre de magasins en copropriété ou placés sous le contrôle de la chaîne devraient être un facteur déterminant pour refuser de faire bénéficier de l'exception une succursale particulière. Les Communautés européennes mettent cependant en garde contre le fait que ces décisions des tribunaux des États-Unis dénotent une tendance des tribunaux ces dernières années à étendre l'exception pour usage de type privé.

6.141 Les États-Unis répondent que, en appliquant l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, c'est seulement dans trois jugements qu'ils ont rendus que les tribunaux des États-Unis ont estimé qu'un défendeur était en droit de tirer avantage de l'exception. Ils soutiennent également que seuls deux jugements rendus par les tribunaux des États-Unis (*Claire's Boutiques* et *Edison Bros.*)¹³⁷ avaient trait à l'applicabilité de l'exception à certaines succursales de chaînes de magasins.

¹³⁴ Voir plus haut le paragraphe 2.6 de la section "Aspects factuels".

¹³⁵ Selon les Communautés européennes, les tribunaux des États-Unis n'ont jamais appliqué dans un sens favorable l'exception pour usage de type privé à un établissement de restauration ou à un débit de boissons d'une superficie totale de plus de 1 500 pieds carrés, ni aux établissements utilisant plus de quatre haut-parleurs.

¹³⁶ *Broadcast Music, Inc. v. Claire's Boutiques Inc.*, US Court of Appeals for the Seventh Circuit, No. 91-1232, 11 décembre 1991. Voir la pièce n° 6 des CE.

¹³⁷ *Broadcast Music, Inc. v. Edison Bros. Stores Inc.*, US Court of Appeals for the Eighth Circuit, No. 91-2115, 13 janvier 1992. Voir la pièce n° 5 des CE.

6.142 Nous relevons que les parties ont communiqué des informations chiffrées sur le champ d'application de l'alinéa A) en ce qui concerne les établissements de restauration, les débits de boissons et autres établissements. Dans son étude de 1995, le CRS a constaté que:

- a) 16 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration aux États-Unis;
- b) 13,5 pour cent de l'ensemble des débits de boissons aux États-Unis; et
- c) 18 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail aux États-Unis

étaient aussi grands ou plus petits que le restaurant *M. Aiken* (1 055 pieds carrés de superficie totale) et pouvaient par conséquent bénéficier de l'exception pour usage de type privé. Ces chiffres ne sont pas contestés par les parties. Les États-Unis les confirment expressément en ce qui concerne les établissements de restauration et les débits de boissons.¹³⁸

6.143 Nous estimons que d'un point de vue quantitatif, l'étendue de l'alinéa A) en ce qui concerne les utilisateurs potentiels est limitée à un pourcentage comparativement faible de l'ensemble des établissements de restauration, des débits de boissons et des établissements de vente au détail aux États-Unis.

6.144 Nous gardons présent à l'esprit l'argument susmentionné des CE faisant état d'une tendance des tribunaux ces dernières années à étendre l'exception pour usage de type privé de 1976. Nous ne pouvons pas exclure la possibilité qu'à l'avenir les tribunaux des États-Unis créent des précédents qui conduiraient à l'élargissement de la portée de l'exception pour usage de type privé actuellement applicable en ce qui concerne les établissements visés. Mais nous relevons également que depuis 1976, les tribunaux des États-Unis ont, dans la grande majorité des cas, appliqué cette exception d'une manière suffisamment systématique et clairement définie. Étant donné la pratique suffisamment systématique et bien circonscrite suivie dans l'application de l'exception pour usage de type privé de 1976, nous ne voyons aucune nécessité de nous livrer à des conjectures quant au point de savoir si, à un moment donné dans l'avenir, la jurisprudence des États-Unis pourrait conduire à une extension *de facto* de l'exception pour usage de type privé de 1998.

Matériel pour usage de type privé

6.145 Nous notons que ce que l'on entend par matériel pour usage de type privé (c'est-à-dire "un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers") est susceptible de varier selon les pays, est fonction des changements dans les préférences des consommateurs dans un pays donné et peut évoluer par suite des progrès technologiques. Par conséquent, sur le plan des principes, nous pensons comme les Communautés européennes que le matériel pour usage de type privé qui était utilisé dans les ménages aux États-Unis en 1976 (année où l'exception initiale pour usage de type privé a été adoptée) n'est pas nécessairement identique au matériel utilisé en 1998 (année où la législation sur le droit d'auteur des États-Unis a été modifiée) ou à celui qui sera utilisé à un moment donné dans l'avenir. Toutefois, nous rappelons que par l'expression "*certain* cas spécial", on entend par connotation "connu et particularisé, mais pas explicitement identifié". À notre avis, l'expression "matériel pour usage de type privé" exprime le degré de clarté dans la définition qu'exige la première condition énoncée à l'article 13. De notre point de vue, un Membre n'est pas tenu de définir le matériel pour usage de type privé par rapport à des spécifications techniques extrêmement détaillées pour satisfaire à la norme de clarté établie par la première condition. Nous reconnaissons que le matériel pour usage de type privé est susceptible de devenir technologiquement plus complexe au fil des années, mais nous ne voyons aucune nécessité de nous livrer à des conjectures quant à l'évolution

¹³⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 9 a) que le Groupe spécial leur a posée et lettre du 18 novembre 1999 de la NRA, pièce confidentielle n° 18 des États-Unis.

potentielle future du marché du matériel pour usage d'un type privé. En tout état de cause, nous rappelons que nos déterminations factuelles se limitent invariablement à ce qui est perçu à l'heure actuelle comme étant du matériel pour usage de type privé sur le marché des États-Unis.

Œuvres musicales visées à l'alinéa A)

6.146 Nous avons noté¹³⁹ la position commune des parties selon laquelle l'adjonction du membre de phrase introductif "sous réserve des dispositions de l'alinéa B)" à l'exception pour usage de type privé énoncée dans la modification de 1998 devrait être interprétée, *a contrario*, comme limitant le champ d'application de l'exception aux œuvres autres que les œuvres musicales "non dramatiques".¹⁴⁰ En ce qui concerne les œuvres musicales, la version actuellement applicable de l'exception pour usage de type privé est donc interprétée comme s'appliquant à la communication d'un morceau de musique faisant partie d'un opéra, d'une opérette, d'une comédie musicale ou d'une autre œuvre dramatique similaire lorsqu'il est exécuté dans un contexte dramatique. Toutes les autres œuvres musicales sont visées par l'expression œuvres musicales "non dramatiques", y compris les chansons isolées extraites d'œuvres dramatiques lorsqu'elles sont exécutées hors de tout contexte dramatique. L'alinéa B) serait donc applicable, par exemple, à une chanson isolée extraite d'une comédie musicale et diffusée à la radio. En conséquence, étant donné la position commune des parties, le champ d'action de l'alinéa A) est limité aux œuvres musicales qui ne sont pas visées par l'alinéa B), par exemple la communication d'une émission radiodiffusée d'une interprétation dramatique de la musique écrite pour un opéra, une opérette, une comédie musicale ou d'autres œuvres similaires.

6.147 Tout en adoptant cette position au sujet de l'interprétation de l'alinéa A), les Communautés européennes ont, toutefois, mis en garde contre le fait qu'à un moment donné dans l'avenir les tribunaux des États-Unis risquaient de donner de l'alinéa A) une lecture qui aurait pour effet d'en élargir le champ d'application.¹⁴¹ Étant donné la communauté de vues entre les parties dans le différend à l'examen et compte tenu des réponses des CE à nos questions concernant la portée de leurs allégations, nous ne voyons aucune nécessité de nous livrer à des conjectures quant à la question de savoir si à l'avenir l'alinéa A) pourrait être interprété par les tribunaux des États-Unis comme s'appliquant aux œuvres musicales autres que celles considérées comme "dramatiques".

6.148 Dans la pratique, cela signifie que la majeure partie, voire la quasi-totalité, de la musique diffusée à la radio ou à la télévision est visée par l'alinéa B). Étant donné que les parties estiment d'un commun accord que l'alinéa A) s'applique aux interprétations dramatiques d'opéras, d'opérettes, de comédies musicales et d'autres œuvres dramatiques similaires, nous considérons que limiter l'application de l'alinéa A) à la communication publique d'émissions comprenant de telles œuvres donne dans la pratique à ses dispositions un champ d'application très étroit.

Émissions sur Internet

6.149 Comme nous l'avons relevé plus haut au paragraphe 2.15, les sortes d'émissions visées par les deux alinéas de l'article 110 5) comprennent les émissions originales radiodiffusées ou transmises par satellite, les rediffusions d'émissions originales transmises par des moyens terrestres ou par satellite, les retransmissions par câble d'émissions originales et les transmissions originales par câble et autres transmissions par fil. Les dispositions ne font pas de distinction entre les transmissions analogiques et les transmissions numériques.

¹³⁹ Voir le paragraphe 2.7.

¹⁴⁰ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis (paragraphe 3) et la deuxième communication écrite des Communautés européennes et de leurs États membres (paragraphe 7).

¹⁴¹ Deuxième communication écrite des Communautés européennes et de leurs États Membres, paragraphe 8.

6.150 Les Communautés européennes présument que, comme son libellé se prête à diverses interprétations, l'alinéa A) peut s'appliquer à la communication publique d'œuvres musicales émises à l'aide de nouvelles technologies comme les réseaux informatiques (par exemple Internet), dont l'importance croît de jour en jour.¹⁴²

6.151 Les États-Unis soulignent que, d'une manière générale, aucun des deux alinéas de l'article 110 5) ne fait bénéficier de l'exception la communication sur un réseau numérique. À leur avis, l'émission d'œuvres sur un réseau informatique comporte de nombreux incidents de reproduction et pourrait aussi impliquer les droits de distribution. En conséquence, les utilisateurs d'Internet auraient à demander une licence pour la reproduction et éventuellement pour la distribution d'œuvres. Les États-Unis ont encore développé leur argumentation en ajoutant qu'on ne savait pas très bien si l'aspect exécution d'une transmission sur Internet serait visé par l'un ou l'autre des alinéas de l'article 110 5).¹⁴³ Ils ont cependant indiqué que si un organisme de radiodiffusion auquel la FCC a concédé une licence envoie lui-même ses signaux sur Internet, l'aspect exécution de l'émission pourrait relever du champ d'application de l'exception.

6.152 La question de savoir si un établissement aurait ou non besoin d'une autorisation pour la reproduction ou la distribution d'œuvres musicales, dans les situations envisagées à l'article 110 5), n'enlève rien, à notre avis, au fait qu'une autorisation est requise pour l'exploitation d'œuvres protégées s'agissant des droits exclusifs protégés en vertu des articles 11 1) 2°) ou 11bis 1) 3°) de la Convention de Berne (1971).

6.153 À la lumière des arguments des parties, nous ne pouvons pas exclure la possibilité que l'exception pour usage de type privé s'applique à la communication publique d'œuvres transmises sur Internet. Mais nous relevons aussi que, nous fondant sur les renseignements que les parties nous ont communiqués, il ne semble y avoir à ce jour aucun exemple d'application de l'exception pour usage de type privé, sous sa forme initiale ou modifiée, à la transmission d'œuvres musicales "dramatiques" sur Internet. Dans ces conditions, nous ne pouvons voir en quoi des répercussions potentielles dans l'avenir pourraient affecter pour l'heure nos conclusions concernant l'alinéa A) s'agissant de la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Mais nous ne voulons pas non plus exclure la possibilité qu'à l'avenir de nouvelles technologies créent de nouveaux moyens de distribuer des interprétations dramatiques d'œuvres musicales "dramatiques" qui pourraient avoir des implications pour déterminer si l'alinéa A) constitue un "certain cas spécial" au sens de la première condition énoncée à l'article 13.

Autres considérations

6.154 Les Communautés européennes soutiennent qu'aucun des deux alinéas de l'article 110 5) n'indique qu'il existe une politique générale publique "valable" ou d'autres circonstances exceptionnelles qui font qu'il est inapproprié ou impossible de faire respecter les droits exclusifs conférés.

6.155 Un rapport de la Chambre du Congrès des États-Unis expliquait ce qui suit en ce qui concerne l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur: "La raison d'être fondamentale de cette disposition est que l'utilisation secondaire que l'on fait d'une émission en allumant un poste récepteur

¹⁴² Par exemple, un organisme de radiodiffusion (ou de télévision) auquel la Commission fédérale des communications a concédé une licence et qui transmet aussi sur Internet (comme fond sonore de son site Web) les émissions qu'il transmet sur les ondes. Ces émissions sont reçues par un ordinateur personnel relié à un certain nombre de haut-parleurs dans un bar ou dans un autre établissement remplissant toutes les conditions énumérées à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis.

¹⁴³ Réponse des États-Unis à la question n° 6 a) que le Groupe spécial leur a posée.

ordinaire en public est si éloignée et minime qu'elle ne devrait engager aucune autre responsabilité." "[Cette disposition] engagerait la responsabilité du propriétaire lorsque celui-ci installe un "système de diffusion sonore" de type commercial ou qu'il convertit un appareil récepteur couramment utilisé dans les foyers ... en l'équivalent d'un système de diffusion sonore de type commercial."¹⁴⁴ Un rapport de Conférence ultérieur précisait la raison d'être de cette disposition en indiquant qu'il s'agissait d'exonérer de toute responsabilité un petit établissement commercial "qui n'avait pas une taille suffisante pour justifier, dans la pratique, l'abonnement à un service commercial de musique de fond".¹⁴⁵

6.156 Les États-Unis expliquent en outre que le but de politique générale justifiant l'alinéa A) est la protection des petites entreprises commerciales "familiales" qui "jouent un rôle important dans le tissu social américain" parce qu'elles "offrent aux femmes, aux minorités, aux immigrants et aux bénéficiaires de l'aide sociale des possibilités économiques d'insertion économique et sociale".

6.157 Nous rappelons nos considérations ci-dessus selon lesquelles nous rejetons l'idée que la première condition énoncée à l'article 13 exige que nous formulions un jugement de valeur sur la légitimité d'une exception ou limitation. Toutefois, nous avons aussi fait observer que les buts de politique générale publique déclarés pourraient présenter un intérêt subsidiaire pour tirer des conclusions quant à la portée d'une exception et à la clarté de sa définition. À notre avis, les déclarations faites lors de l'adoption de cet alinéa dénotent l'intention d'établir une exception de portée étroite.

6.158 Enfin, nous rappelons notre conclusion selon laquelle le texte des articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne (1971), tels qu'ils ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, ménage la possibilité de prévoir des exceptions mineures aux droits exclusifs en question; en d'autres termes, l'intention était d'autoriser des exceptions à condition qu'elles aient une portée *de minimis*.

6.159 Compte tenu des limites spécifiques imposées dans l'alinéa A) et lors de son adoption, ainsi que dans son application considérablement étroite dans la pratique ultérieure des tribunaux concernant les bénéficiaires de l'exception, le matériel admissible et les catégories d'œuvres, nous sommes d'avis que l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A) de l'article 110 5), tel que modifié en 1998, est bien définie et limitée dans sa portée et son étendue. Nous concluons, en conséquence, que cette exception est restreinte à certains cas spéciaux au sens de la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

iv) Nécessité d'examiner les deux autres conditions

6.160 Ayant conclu que l'alinéa B) de l'article 110 5) ne se conforme pas à la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, nous pourrions donc conclure que l'exception pour usage dans des entreprises commerciales ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 13, étant donné que les trois conditions qui y sont énoncées sont cumulatives. Par conséquent, il semblerait que l'alinéa B) soit contraire aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971), tels qu'ils ont été incorporés par référence dans l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, et ne soit pas justifié par l'article 13. Néanmoins, pour les raisons exposées ci-après, nous allons poursuivre notre analyse des autres conditions énoncées à l'article 13 s'agissant de l'alinéa B).

¹⁴⁴ Rapport de la Commission des lois de la Chambre, H.R. Rep. n° 94-1476th Cong., 2nd Session 87 (1976), pièce n° 1 des États-Unis. Voir la section "Aspects factuels", paragraphe 2.5.

¹⁴⁵ Rapport de Conférence de la Commission des lois de la Chambre, Sous-Commission de la justice et de la propriété intellectuelle, H.R. Rep. n° 94-1733, 94th Cong., 2nd Session 75 (1976), pièce n° 2 des États-Unis. Voir également la note de bas de page 11 se rapportant au paragraphe 2.5 ci-dessus.

6.161 Étant donné notre conclusion selon laquelle l'alinéa A) de l'article 110 5) se conforme bien à la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, il est nécessaire que nous examinions cet alinéa également au regard des conditions suivantes qui sont énoncées dans cet article. Nous relevons que les deux alinéas sont étroitement liés et que leurs domaines d'application respectifs se chevauchent sur des plans autres que les catégories d'œuvres visées. Cela étant, nous estimons que, pour nous acquitter de notre tâche qui consiste à examiner la question portée devant l'ORD et faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question¹⁴⁶, il est approprié de nous pencher sur les divers autres arguments fondamentaux avancés par les parties au sujet de l'alinéa B) et qui ont trait à sa compatibilité avec les deux autres conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.¹⁴⁷

6.162 Poursuivant notre analyse des deuxième et troisième conditions énoncées à l'article 13 s'agissant de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales qui est énoncée à l'alinéa B), nous notons ce que l'Organe d'appel a indiqué au sujet de l'"économie jurisprudentielle" dans l'affaire *États-Unis – Chemises et chemisiers*.¹⁴⁸ Dans une affaire ultérieure, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, l'Organe d'appel insiste sur la nécessité pour les groupes spéciaux d'examiner toutes les allégations et/ou mesures nécessaires pour arriver à une solution positive des différends et il ajoute que ne régler que partiellement la question en cause ne représenterait pas une véritable économie jurisprudentielle.¹⁴⁹ C'est dans l'esprit de ce que l'Organe d'appel a indiqué dans l'affaire *Australie – Saumons* que nous poursuivrons notre analyse de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales au regard des autres conditions énoncées à l'article 13. Nous allons maintenant examiner la compatibilité de l'alinéa A), ainsi que de l'alinéa B), avec les deux autres conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁴⁶ Voir l'article 7 du Mémoire d'accord.

¹⁴⁷ Un groupe spécial du GATT a estimé qu'une constatation de violation ne l'empêchait pas nécessairement d'examiner d'autres allégations juridiques dès lors que la correction de la violation ne priverait pas nécessairement de leur fondement les autres allégations juridiques du plaignant. Voir le rapport du Groupe spécial *Communauté économique européenne – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91, pages 134 et 135, paragraphe 142.

¹⁴⁸ Dans l'affaire *États-Unis – Chemises et chemisiers*, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit:

"Rien dans cette disposition ni dans la pratique antérieure du GATT n'exige qu'un groupe spécial examine toutes les allégations formulées par la partie plaignante. Les précédents groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 et de l'OMC ont souvent traité uniquement les points qu'ils jugeaient nécessaires pour régler la question opposant les parties, et ont refusé de statuer sur d'autres points. Ainsi, dans les cas où un groupe spécial a constaté qu'une mesure était incompatible avec une disposition particulière du GATT de 1947, d'une manière générale, il ne s'est pas demandé si la mesure était aussi incompatible avec d'autres dispositions du GATT qui auraient pu faire l'objet d'une allégation de violation formulée par une partie plaignante. ...". (Notes de bas de page omises). Voir le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés*, adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, pages 20 et 21.

¹⁴⁹ Dans l'affaire *Australie – Saumons*, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit:

"Le principe d'économie jurisprudentielle doit être appliqué en gardant à l'esprit le but du système de règlement des différends. Ce but est de régler la question en cause et "d'arriver à une solution positive des différends". Ne régler que partiellement la question en cause ne représenterait pas une véritable économie jurisprudentielle. Un groupe spécial doit examiner les allégations au sujet desquelles il est nécessaire d'établir une constatation pour que l'ORD puisse faire des recommandations et prendre des décisions suffisamment précises, auxquelles le Membre pourra donner suite rapidement, "pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres". (Notes de bas de page omises). Voir le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, adopté le 6 novembre 1998, WT/DS18/AB/R, paragraphe 223.

c) "Ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre"

i) *Analyse interprétative générale*

6.163 Les États-Unis allèguent que les deux alinéas A) et B) de l'article 110 5) "ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre" au sens de la deuxième condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Les Communautés européennes le contestent. Nous allons tout d'abord nous pencher sur l'interprétation de cette deuxième condition énoncée à l'article 13, puis examiner l'une après l'autre l'exception pour usage dans des entreprises commerciales et l'exception pour usage de type privé.

6.164 Pour interpréter la deuxième condition énoncée à l'article 13, il nous faut tout d'abord définir ce que "exploitation" d'une "œuvre" signifie. Il nous faut déterminer, ce qui est plus important, ce que constitue une exploitation "normale", à laquelle une dérogation n'est pas censée "porte[r] atteinte".

6.165 Le sens ordinaire du terme "exploiter" évoque par connotation l'idée de "faire usage de" ou "utiliser pour ses propres fins".¹⁵⁰ Nous estimons que le terme "exploitation" d'œuvres musicales désigne par conséquent l'activité par laquelle les titulaires du droit d'auteur usent des droits exclusifs qui leur ont été conférés pour tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres.

6.166 Nous notons que le sens ordinaire du terme "normal" peut être défini comme "constituant un type ou une norme ou s'y conformant; courant, habituel, classique, ordinaire, usuel ...".¹⁵¹ À notre avis, ces définitions semblent exprimer deux connotations: la première semble être de caractère empirique: c'est-à-dire ce qui est courant, habituel, classique ou ordinaire. La seconde exprime une approche un peu plus normative, voire dynamique, c'est-à-dire se conformer à un type ou à une norme. Nous ne nous sentons pas obligés de formuler un jugement quant à celle de ces connotations qui pourrait être plus pertinente. Nous fondant sur l'article 31 de la Convention de Vienne, nous allons tenter de donner une interprétation harmonieuse qui confère sens et effet aux deux connotations du terme "normal".

6.167 Si l'exploitation "normale" équivalait au plein usage de tous les droits exclusifs conférés par le droit d'auteur, la clause d'exception énoncée à l'article 13 serait vidée de son sens. En conséquence, l'expression exploitation "normale" signifie à l'évidence un peu moins que le plein usage d'un droit exclusif.¹⁵²

¹⁵⁰ Oxford English Dictionary, page 888.

¹⁵¹ Oxford English Dictionary, page 1940.

¹⁵² S'agissant des exceptions aux droits de reproduction prévues à l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971) – dont la deuxième condition est libellée en des termes largement identiques à ceux de la deuxième condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC – la Commission principale n° I de la Conférence diplomatique de Stockholm (1967) a déclaré ce qui suit:

"S'il est estimé que la reproduction porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, la reproduction n'est pas du tout permise. S'il est estimé que la reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, il convient alors d'examiner si elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Seulement, s'il n'en est pas ainsi, il serait possible dans certains cas spéciaux d'introduire une licence obligatoire ou de prévoir une utilisation sans paiement. À titre d'exemple pratique, la photocopie dans divers buts peut être mentionnée. Si elle consiste dans la confection d'un très grand nombre d'exemplaires, elle ne peut pas être permise, car elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Si elle implique la confection d'un nombre d'exemplaires relativement grand pour utilisation dans des entreprises industrielles, elle peut ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, sous la condition que, selon la législation nationale, une rémunération équitable doive être versée. Si elle est faite en une petite quantité d'exemplaires, la photocopie peut être permise sans paiement, notamment pour un usage individuel ou scientifique." Voir les Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, 11 juin-14 juillet 1967. Rapport sur les travaux de la

6.168 De l'avis des États-Unis, il est nécessaire d'examiner les manières dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'un auteur exploite son œuvre en temps normal, lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue une exploitation normale. À cet égard, il y a lieu de tenir compte du fait que l'article 13 ne fait pas référence à des droits spécifiques particuliers, mais à "l'œuvre" dans son ensemble, ce qui implique que, en examinant une exception au regard de la deuxième condition, il conviendrait de prendre en considération la portée de l'exception par rapport à l'ensemble des divers droits exclusifs des détenteurs de droits, ainsi que par rapport au droit exclusif auquel elle s'applique. De l'avis des États-Unis, les formes les plus importantes d'exploitation d'œuvres musicales, à savoir l'exécution et la radiodiffusion "primaires", ne sont pas affectées par l'un ou l'autre des alinéas de l'article 110 5). Les exceptions pour usage dans des entreprises commerciales et pour usage de type privé n'affectent que ce que les États-Unis considèrent comme des utilisations "secondaires" d'œuvres radiodiffusées, et encore, sous réserve des limitations concernant la dimension et le matériel. De l'avis des États-Unis, les détenteurs de droits tirent normalement la plus grande part de leur rémunération des utilisations "primaires" et une part mineure seulement des utilisations "secondaires".

6.169 Les Communautés européennes rejettent l'idée qu'il puisse y avoir dans l'Accord sur les ADPIC un ordre hiérarchique entre les droits "importants" et les droits "pas importants". Selon elles, il n'y a pas de droits "secondaires" et les droits exclusifs prévus aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) sont tous des droits distincts d'égale importance.¹⁵³

6.170 Les États-Unis eux-mêmes précisent qu'ils ne veulent pas dire qu'il existe en droit une hiérarchie entre différents droits exclusifs conférés en vertu de l'article 11, de l'article 11*bis* ou de n'importe quelle autre disposition de la Convention de Berne (1971) et qu'un pays ne peut pas éliminer complètement un droit exclusif même si ce droit n'est pas important sur le plan économique. Néanmoins, ils sont d'avis que lorsqu'on analyse s'il pourrait être porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, il y a lieu de voir si l'exception s'applique à un ou à plusieurs droits exclusifs. De même, il y a aussi lieu, pour analyser la deuxième condition énoncée à l'article 13, de voir jusqu'à quel point l'exception affecte un droit exclusif particulier.

6.171 Il est vrai, comme les États-Unis le soulignent, que l'article 13 fait référence à l'exploitation normale de "l'œuvre". Toutefois, l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne prévoient des droits exclusifs afférents à l'œuvre. Ces droits exclusifs sont les moyens juridiques par lesquels peut s'effectuer l'exploitation de l'œuvre, c'est-à-dire l'activité commerciale visant à tirer une valeur économique des droits sur l'œuvre. Les parties ne contestent pas, sur le plan des principes, que le terme "œuvres" doive être interprété comme faisant référence aux "droits exclusifs" sur ces œuvres.¹⁵⁴ À notre avis, la deuxième condition énoncée à l'article 13 ne fait pas explicitement référence *pars pro toto* aux droits exclusifs concernant une "œuvre", étant donné que l'Accord sur les ADPIC (ou la Convention de Berne (1971) telle qu'elle y a été incorporée) confère un nombre considérable de droits exclusifs qui peuvent tous être visés par la clause d'exception énoncée à l'article 13. En conséquence, nous estimons que le terme "œuvre" dont il est fait mention dans la deuxième condition énoncée à l'article 13 s'entend de tous les droits exclusifs y afférents.

6.172 Nous pensons comme les États-Unis que pour notre analyse de la deuxième condition, il y a lieu de voir jusqu'à quel point une exception affecte un droit particulier, mais nous soulignons que l'atteinte qui pourrait être portée à l'exploitation normale d'un droit exclusif particulier ne peut pas être contrebalancée ni justifiée par le simple fait qu'il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale d'un

Commission principale n° I (dispositions de droit matériel de la Convention de Berne: articles 1 à 20). Reproduit dans le Centenaire de la Convention de Berne, page 236.

¹⁵³ Voir également la communication écrite de l'Australie, paragraphe 3.8.

¹⁵⁴ Ces droits comprennent, entre autres choses, les droits de représentation ou d'exécution publiques et de transmission publique ainsi que le droit de communication publique, au sens des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971).

autre droit exclusif (ou qu'il n'y a pas du tout d'exception en ce qui concerne ce droit), même si l'exploitation de ce dernier générerait plus de recettes.

6.173 Nous pensons comme les Communautés européennes que la question de savoir si une limitation ou une exception porte atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre devrait être appréciée pour chaque droit exclusif pris séparément. Nous rappelons que le présent différend a essentiellement trait au droit exclusif prévu à l'article 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne 1971), telle qu'elle a été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC, mais aussi au droit exclusif prévu à l'article 11 1) 2°. À notre avis, l'exploitation normale présupposerait que les détenteurs de droits aient la possibilité d'exercer séparément les trois droits exclusifs garantis en vertu des trois sous-alinéas de l'article 11*bis* 1), ainsi que ceux conférés par d'autres dispositions, comme l'article 11, de la Convention de Berne (1971). S'il était admissible de limiter par une exception prévue par la loi l'exploitation du droit conféré par le troisième sous-alinéa de l'article 11*bis* 1) simplement parce que, dans la pratique, l'exploitation des droits conférés par les premier et deuxième alinéas de cet article générerait la plus grande part des recettes sous forme de redevances, l'"exploitation normale" de chacun des trois droits conférés séparément en vertu de l'article 11*bis* 1) serait compromise.¹⁵⁵

6.174 Procéder séparément à une analyse de la deuxième condition pour chaque droit exclusif conféré par le droit d'auteur est conforme à la pratique du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends. Un groupe spécial a estimé que les clauses de non-discrimination du GATT n'autorisent pas à équilibrer un traitement plus favorable accordé en vertu de certaines procédures avec un traitement moins favorable résultant de certaines autres.¹⁵⁶ Comme l'a indiqué un autre groupe spécial, un élément de traitement plus favorable ne serait à prendre en considération que s'il accompagnait et compensait dans tous les cas un élément du traitement différencié causant un traitement moins favorable.¹⁵⁷ Ces affaires avaient trait aux clauses de non-discrimination du GATT,

¹⁵⁵ De plus, il nous faut ne pas perdre de vue que les droits exclusifs conférés par différents alinéas des articles 11*bis* et 11 ne doivent pas nécessairement être en la possession d'un seul et même détenteur des droits. Un auteur ou un artiste interprète ou exécutant peut choisir de ne pas concéder de licences pour l'utilisation d'un droit exclusif particulier, mais de le vendre et de le céder à une autre personne physique ou morale. S'il était admissible de justifier l'atteinte portée à un droit exclusif par le fait qu'un autre droit exclusif génère plus de recettes, certains détenteurs de droits pourraient être privés de leur droit d'obtenir des redevances simplement parce que le droit exclusif détenu par un autre détenteur est plus rentable.

Notre point de vue selon lequel les droits exclusifs doivent être analysés séparément aux fins de la deuxième condition est aussi corroboré par les pratiques en matière de licences entre les CMO et les organismes de radiodiffusion suivies aux États-Unis et dans les Communautés européennes. Ces pratiques ne semblent pas tenir compte du nouveau public qui pourrait être atteint au moyen d'une nouvelle communication, par haut-parleur, d'une œuvre radiodiffusée au sens de l'article 11*bis* 1) 3°, en d'autres termes aucun droit n'est recouvré auprès des organismes de radiodiffusion pour ce nouveau public. Voir les réponses des CE et des États-Unis à la question n° 4 que le Groupe spécial a posée aux deux parties.

¹⁵⁶ Dans son rapport sur l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (adopté le 25 septembre 1997, WT/DS27/ECU/GUA/HND/MEX/USA, paragraphe 7.239 et note de bas de page 446), le Groupe spécial s'est référé au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*:

"... l'article I:1 n'autorisait pas une partie contractante à équilibrer un traitement plus favorable accordé en vertu de certaines procédures avec un traitement moins favorable résultant de certaines autres. Si une telle idée était admise, elle permettrait à une partie contractante de déroger à l'obligation concernant le traitement de la nation la plus favorisée dans un cas, à l'égard d'une partie contractante, sous prétexte qu'elle accorde un traitement plus favorable dans un autre cas à une autre partie contractante. Selon le Groupe spécial, une telle interprétation de l'obligation énoncée à l'article I:1 en ce qui concerne le traitement de la nation la plus favorisée irait à l'encontre de l'objectif même que l'on recherchait en donnant à cette obligation un caractère inconditionnel". (Adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/142, pages 169 et 170, paragraphe 6.10.)

¹⁵⁷ Le Groupe spécial *CE – Bananes III* s'est également référé au rapport du Groupe spécial *États-Unis - Article 337 de la Loi douanière de 1930* pour le principe selon lequel "un élément de traitement

mais nous estimons que le principe général qui y est énoncé est à prendre en considération *mutatis mutandis* pour la question à l'examen.

6.175 Nous notons également que l'amplification de musique radiodiffusée se pratique dans des établissements tels que les bars, les restaurants et les magasins de vente au détail à l'avantage commercial, du propriétaire de l'établissement.¹⁵⁸ Les deux parties s'accordent à reconnaître que le fait de diffuser de la musique revêt un caractère commercial, même lorsqu'on ne fait pas payer directement les clients. Il se peut que ce que rapporte une redevance à percevoir par suite de cette exploitation de l'œuvre ne soit pas très important si l'on se place dans le contexte d'établissements isolés, mais c'est l'accumulation d'établissements qui compte. Il faut se rappeler que le titulaire du droit d'auteur est en droit d'exploiter chacun des droits que prévoit un traité ou la législation nationale mettant en application ce traité. S'il a droit à une redevance pour de la musique qui est radiodiffusée, pourquoi devrait-il être privé d'une rémunération qu'il aurait normalement perçue, dès lors qu'un nombre significatif de radiodiffusions sont amplifiées à l'intention des clients de divers établissements commerciaux à l'avantage, sans aucun doute, des activités commerciales menées dans ces établissements. Nous notons également que même si, en un sens, l'amplification dont il s'agit s'ajoute à la radiodiffusion d'une œuvre et en est distincte, elle est liée à cette radiodiffusion. Il ne peut pas y avoir amplification s'il n'y a pas radiodiffusion. Si l'exploitant d'un établissement diffuse de la musique enregistrée, il n'y a aucune exception prévue par la loi aux droits des titulaires du droit d'auteur à cet égard. Néanmoins, l'amplification d'une radiodiffusion s'ajoute à la radiodiffusion elle-même parce qu'elle garantit qu'un public plus large l'entendra. De toute évidence, l'article 11*bis* 3° envisage l'utilisation dont il est question ici en conférant des droits aux titulaires du droit d'auteur en ce qui concerne l'amplification de radiodiffusions.

6.176 Reste la question de savoir comment déterminer si une utilisation particulière constitue une exploitation normale des droits exclusifs prévus aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971). Dans des ouvrages théoriques, une approche qui a été suggérée consisterait à se fonder sur "les manières dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'un auteur exploite son œuvre en temps normal".¹⁵⁹

6.177 L'idée force de l'argumentation des États-Unis est que, pour apprécier une "exploitation normale", la deuxième condition énoncée à l'article 13 implique une analyse économique du degré d'"éviction du marché" du point de vue du manque à gagner pour les titulaires de droits qui résulte de l'utilisation gratuite d'œuvres imputable à l'exception en cause.¹⁶⁰ De l'avis des États-Unis, la question essentielle qui se pose est celle de savoir s'il y a des segments du marché où le titulaire du droit d'auteur s'attendrait d'ordinaire à exploiter l'œuvre, mais ne peut pas le faire à cause de cette exception. D'après ce critère, les utilisations pour lesquelles le titulaire du droit ne s'attendrait pas d'ordinaire à percevoir une rémunération ne font pas partie de l'exploitation normale.

6.178 À notre avis, ce critère semble tenir compte de l'aspect empirique ou quantitatif de la connotation du terme "normal", le sens de "courant, habituel, classique ou ordinaire". Nous pouvons

plus favorable ne serait à prendre en considération que s'il accompagnait et compensait dans tous les cas un élément du traitement différencié causant un traitement moins favorable". (Adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, page 435, paragraphe 5.16.)

Voir également le rapport du Groupe spécial *États-Unis - Mesures affectant l'importation, la viande et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, adopté le 4 octobre 1994, IBDD, S41/145, page 192, paragraphe 98.

¹⁵⁸ Nous notons que les affaires portées devant les tribunaux des États-Unis et l'historique de l'adoption de l'article 110 5) donnent à penser que les restaurants et d'autres établissements diffusent de la musique pour attirer des clients en vue d'accroître leur chiffre d'affaires et leurs bénéfices. (Voir le communiqué de presse de la NLBA, pièce n° 7 des États-Unis.)

¹⁵⁹ Ricketson, *The Berne Convention*, *op. cit.* page 483.

¹⁶⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 17 que le Groupe spécial a posée aux deux parties.

donc accepter cette approche des États-Unis, mais seulement pour l'aspect empirique ou quantitatif de la connotation. Il nous faut donner sens et effet également au second aspect de la connotation, le sens de "se conformer à un type ou à une norme". Nous avons dit de cet aspect de la normalité qu'il traduit une approche plus normative de la définition de l'exploitation normale, qui comporte, entre autres choses, un élément dynamique capable de tenir compte des progrès technologiques et de l'évolution du marché. La question se pose alors de savoir comment cet aspect normatif de l'exploitation "normale" pourrait se voir attribuer un sens s'agissant de l'exploitation d'œuvres musicales.

6.179 À cet égard, nous trouvons des indications convaincantes dans la suggestion faite par un groupe d'étude, composé de représentants du gouvernement suédois et des Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle ("BIRPI"), qui a été constitué pour la préparation de la Conférence de révision de Stockholm (1967) ("Groupe d'étude suédois/BIRPI"). S'agissant du droit de reproduction, ce groupe a suggéré d'autoriser les pays:

"[à] limiter ... la reconnaissance ou l'exercice de ce droit à des fins nettement définies et sans que celles-ci puissent constituer une concurrence à l'utilisation économique desdites œuvres" au sens où "il faut réserver aux auteurs toutes les formes d'utilisation qui possèdent, ou qui sont susceptibles de revêtir, une importance économique ou pratique considérable".¹⁶¹ (pas d'italique dans l'original)

6.180 Par conséquent, il semble qu'une façon d'évaluer la connotation normative du terme exploitation normale consiste à examiner, outre celles qui génèrent actuellement des recettes significatives ou tangibles, les formes d'exploitation qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable.

6.181 En revanche, les exceptions ou limitations seraient présumées ne pas porter atteinte à l'exploitation normale d'œuvres si elles sont restreintes à une portée ou à un degré qui ne constitue pas une concurrence aux utilisations économiques ne bénéficiant pas de ces exceptions. À ce sujet, les suggestions du Groupe d'étude suédois/BIRPI sont utiles:

"À cet égard, le Groupe d'étude a souligné que d'un côté, il est évident qu'en principe il faut réserver aux auteurs toutes les formes d'exploitation d'une œuvre qui possèdent, ou qui sont susceptibles de revêtir une importance économique ou pratique considérable. Des exceptions de nature à restreindre les possibilités ouvertes aux auteurs sous ces divers rapports sont inacceptables. D'un autre côté, il faut tenir compte du fait que les législations nationales contiennent déjà une série d'exceptions en faveur de divers intérêts publics et culturels et qu'il serait illusoire de supposer que les pays soient prêts, dès maintenant, à abolir ces exceptions dans une mesure considérable."¹⁶² (pas d'italique dans l'original)

6.182 Nous rappelons que les Communautés européennes proposent de mesurer l'incidence des exceptions en prenant comme norme que, pour le moins, toutes les formes d'utilisation d'œuvres qui créent un avantage économique pour l'utilisateur devraient être considérées comme l'exploitation normale d'œuvres. Nous pouvons accepter que pour déterminer s'il y a exploitation normale d'œuvres, d'un point de vue empirique ou quantitatif, il soit nécessaire de procéder à une analyse économique de l'utilisation commerciale des droits exclusifs conférés par le droit d'auteur sur ces œuvres. Toutefois, à notre avis, chaque utilisation d'une œuvre qui, en principe, entre dans le champ des droits exclusifs et implique un gain commercial, ne porte pas nécessairement atteinte à l'exploitation normale de cette œuvre. Si tel était le cas, pratiquement aucune exception ou limitation ne satisferait à la deuxième

¹⁶¹ Document S/1: Convention de Berne; Propositions de révision des dispositions relatives au droit d'auteur (articles 1 à 20). Préparées par le gouvernement de la Suède avec le concours des BIRPI, page 42.

¹⁶² *Ibid.*, pages 41 et 42.

condition et l'article 13 pourrait être vidé de son sens, parce que l'exploitation normale serait assimilée au plein exercice de droits exclusifs.

6.183 Nous estimons qu'une exception ou limitation concernant un droit exclusif qui est prévue dans la législation nationale va jusqu'à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (c'est-à-dire au droit d'auteur ou plutôt à tout l'ensemble de droits exclusifs conférés par la titularité du droit d'auteur), si des utilisations, qui en principe sont visées par ce droit mais bénéficient de l'exception ou de la limitation, constituent une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre (c'est-à-dire le droit d'auteur) et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles.

6.184 Pour élaborer une norme qui permette de définir la connotation normative de l'expression exploitation normale, nous rappelons que les Communautés européennes insistent sur l'incidence potentielle d'une exception plutôt que sur son effet réel sur le marché à un moment donné, puisque, à leur avis, c'est l'effet potentiel qui détermine les conditions du marché.

6.185 Nous notons que la prise en considération d'effets tant réels que potentiels lorsqu'il s'agit de déterminer si les exceptions sont admissibles serait compatible avec des concepts et des normes d'interprétation analogues à ceux qui ont été élaborés dans la pratique antérieure du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends. Par exemple, apporter la preuve d'effets réels sur le commerce n'a pas été considéré comme une condition préalable indispensable pour établir une constatation d'incompatibilité avec la clause du traitement national énoncée à l'article III du GATT lorsqu'il risquait d'y avoir des effets défavorables sur les possibilités de concurrence et sur l'égalité des conditions de concurrence pour des produits étrangers (par comparaison avec des produits nationaux similaires).¹⁶³ Nous tenons à dire que nous interpréterons avec prudence les dispositions de l'Accord

¹⁶³ Dans son rapport sur *Les taxes intérieures brésiliennes*, le Groupe de travail a noté, s'agissant de la clause du traitement national du GATT, que "s'il n'y avait pas d'importation en provenance de parties contractantes au cours d'une période donnée qu'on pourrait choisir aux fins d'examen, ceci ne signifiait pas nécessairement que ces parties contractantes ne s'intéressaient pas aux exportations du produit frappé par la taxe, puisqu'il fallait tenir compte de leurs possibilités en tant qu'exportateurs bénéficiant du même traitement que les nationaux. En conséquence, ces membres du groupe de travail ont estimé que les dispositions ... de l'article III étaient applicables, que les importations provenant d'autres parties contractantes soient importantes, faibles ou inexistantes". Voir le rapport du Groupe de travail *Les taxes intérieures brésiliennes*, adopté le 30 juin 1949, IBDD, II/196, page 200.

L'assertion selon laquelle apporter la preuve d'effets réels sur le commerce n'était pas une condition préalable indispensable pour établir une constatation d'incompatibilité avec le GATT a été reprise ultérieurement par un certain nombre de groupes spéciaux, entre autres, dans le rapport sur l'affaire *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, pages 179 et 180, paragraphe 5.1.9. Voir également le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/233, pages 305 et 306, paragraphe 5.6, et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, adopté le 4 octobre 1994, IBDD, S41/145, page 192, paragraphe 98.

Ces groupes spéciaux ainsi que d'autres, y compris dans le rapport sur l'affaire *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles* (adopté le 23 octobre 1958, IBDD, S7/64, page 67, paragraphe 12 et dans celui sur l'affaire *Canada – Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger* (adopté le 7 février 1984, IBDD, S30/147, pages 169 et 170, paragraphes 5.8 à 5.10) ont interprété la norme du traitement national, qui interdit la discrimination aussi bien *de jure* que *de facto*, comme protégeant l'égalité des possibilités de concurrence et interdisant toute loi ou tout règlement qui pourrait altérer les conditions de la concurrence entre le produit étranger et le produit national similaire.

Les groupes spéciaux qui ont traité de la question de l'interdiction des restrictions ou prohibitions quantitatives ont de même estimé que l'article XI du GATT protégeait les conditions de concurrence et qu'une restriction à l'importation était prohibée même si elle n'entravait pas réellement les importations. Voir le rapport du Groupe spécial *CEE – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et*

sur les ADPIC à la lumière des concepts qui ont été élaborés dans la pratique du GATT en matière de règlement des différends. Néanmoins, nous rappelons aussi que, par exemple dans le différend *CE - Bananes III*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont introduit des concepts, tels qu'ils avaient été élaborés dans la pratique en matière de règlement des différends au titre de l'article III du GATT, dans la clause du traitement national énoncée à l'article XVII de l'AGCS, dont le libellé se fonde sur la clause du traitement national du GATT et sur les interprétations données dans la pratique du GATT en matière de règlement des différends.¹⁶⁴ Étant donné que les accords visés par l'Accord sur l'OMC forment un seul système juridique intégré, nous considérons qu'il est approprié de donner de la protection juridique conférée aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle en vertu de l'Accord sur les ADPIC des interprétations qui ne soient pas incompatibles avec le traitement conféré aux produits en vertu du GATT, ou, en ce qui concerne les services et les fournisseurs de services, le traitement conféré en vertu de l'AGCS, à la lumière de la pratique pertinente en matière de règlement des différends.

6.186 En conséquence, s'agissant des droits exclusifs liés à des œuvres musicales, nous considérons que l'exploitation normale de ces œuvres est affectée non seulement par ceux qui les utilisent effectivement sans autorisation des détenteurs de droits en raison d'une exception ou limitation, mais aussi par ceux qui peuvent être incités par cette exception ou limitation à les utiliser à tout moment sans avoir à obtenir de licence auprès des détenteurs de droits ou des CMO qui les représentent. Il nous faut donc tenir compte de ceux dont l'utilisation d'œuvres musicales est gratuite en raison des exceptions et aussi de ceux qui peuvent choisir de commencer à utiliser de la musique radiodiffusée dès que son utilisation devient gratuite.

6.187 Nous fondons notre appréciation des effets réels et potentiels sur les conditions commerciales et technologiques qui règnent actuellement sur le marché ou qui y régneront dans un proche avenir.¹⁶⁵ Ce qui constitue une exploitation normale sur le marché peut évoluer par suite des progrès technologiques ou des changements dans les préférences des consommateurs. Par conséquent, nous ne voulons pas nous livrer à des conjectures quant à l'évolution future, mais il nous faut prendre en considération les effets réels et potentiels des exceptions en question dans le contexte commercial et technologique actuel.

de protéines apparentées destinés à l'alimentation des animaux, adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91, pages 138 et 139, paragraphe 150. Voir également le rapport du Groupe spécial sur les *mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs*, adopté les 15/16 mai 1984, IBDD, S31/102, page 124, paragraphe 55.

Dans son rapport sur le différend *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS8, 10, 11/AB/R, page 19), l'Organe d'appel a confirmé les concepts d'égalité des conditions de concurrence et d'égalité du rapport compétitif entre les produits étrangers les produits nationaux similaires. Dans son rapport sur le différend *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques* (adopté le 17 février 1999, WT/DS75, 84/AB/R, paragraphes 125 à 131), l'Organe d'appel a confirmé l'absence, dans la clause du traitement national, d'un critère relatif aux effets sur le commerce et le principe en vertu duquel l'article III du GATT protégeait les attentes quant aux possibilités de concurrence.

¹⁶⁴ Le paragraphe 2 de l'article XVII de l'AGCS s'inspire de l'interprétation donnée par un groupe spécial du GATT en ce qui concerne l'article III:4 du GATT. Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, page 434, paragraphe 5.11.

Le paragraphe 3 de l'article XVII de l'AGCS s'inspire de l'interprétation donnée dans le rapport du Groupe spécial *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, adopté le 23 octobre 1958, IBDD, S7/60, page 67, paragraphe 12.

¹⁶⁵ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, adopté le 17 février 1999, WT/DS75, 84/AB/R, paragraphes 125 à 131. Voir également le rapport du Groupe de travail sur *Les taxes intérieures brésiliennes*, adopté le 30 juin 1949, IBDD, II/196, pages 200 et 201. Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, pages 179 et 180, paragraphe 5.1.9.

6.188 Nous reconnaissons parfaitement que l'ampleur de l'exercice ou le non-exercice de droits exclusifs par les détenteurs de droits à un moment donné présente beaucoup d'intérêt pour déterminer ce qu'est l'exploitation normale s'agissant d'un droit exclusif particulier sur un marché particulier. Toutefois, dans certaines circonstances, les pratiques actuelles en matière de licences peuvent ne pas fournir d'orientations suffisantes pour évaluer l'incidence potentielle d'une exception ou limitation sur l'exploitation normale. Par exemple, lorsqu'une utilisation particulière d'œuvres n'est pas visée par les droits exclusifs conférés par la loi d'un pays, le fait que les détenteurs de droits ne concèdent pas de licence pour cette utilisation dans ce pays ne peut pas être tenu comme indicatif de ce qui constitue une exploitation normale. Ce serait également vrai dans une situation où, faute de moyens d'exécution effectifs ou abordables, les détenteurs de droits peuvent considérer qu'il ne vaut pas la peine ou qu'il n'est pas possible dans la pratique d'exercer leurs droits.

6.189 Les deux parties sont d'avis que la "normalité" d'une forme d'exploitation devrait être analysée essentiellement par référence au marché du Membre de l'OMC dont la mesure est en cause, c'est-à-dire le marché des États-Unis en l'espèce. Les Communautés européennes considèrent aussi que des références comparatives à d'autres pays ayant un niveau analogue de développement socio-économique pourraient présenter de l'intérêt pour corroborer ou contredire des données émanant du pays principalement concerné.¹⁶⁶ Nous notons que les Membres de l'OMC sont libres de choisir la méthode de mise en œuvre, mais les normes minimales de protection sont les mêmes pour tous.¹⁶⁷ Dans la présente affaire, il nous suffit pour nos besoins de tenir compte des conditions spécifiques en vigueur sur le marché des États-Unis pour déterminer si la mesure en question porte atteinte à une exploitation normale sur ce marché, ou si elle satisfait aux autres conditions énoncées à l'article 13.

ii) L'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B)

6.190 Les États-Unis soutiennent que, pour un certain nombre de raisons, l'exception pour usage dans des entreprises commerciales ne porte pas atteinte à l'exploitation normale d'œuvres. Premièrement, eu égard au grand nombre de petits établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail, les divers détenteurs de droits ou leurs CMO se heurtent à des difficultés administratives considérables pour concéder des licences à tous ces établissements. Étant donné que le marché auquel s'applique l'exception pour usage dans des entreprises commerciales n'a jamais été exploité de manière significative par les CMO, le Congrès des États-Unis a simplement codifié le statu quo en ce qui concerne les pratiques des CMO en matière de licences. Deuxièmement, une proportion significative des établissements visés par la nouvelle exception pour usage dans des entreprises commerciales bénéficiaient déjà de l'ancienne exception pour usage de type privé. Par conséquent, les titulaires du droit d'auteur sur des œuvres musicales non dramatiques ne s'attendaient pas à toucher des droits des petits établissements de restauration, débits de boissons ou établissements de vente au détail visés par la dernière exception. Troisièmement, même si l'alinéa B) n'avait pas été adopté, bon nombre des établissements admis à bénéficier de cette exception auraient été à même de se prévaloir d'une exception presque identique en vertu de l'accord de licence collective conclu entre la NLBA et l'ASCAP, BMI et SESAC ("CMO des États-Unis"). Pour ces raisons, les États-Unis partent du principe que, même avant la modification de 1998, les détenteurs de droits ne se seraient pas normalement attendus à toucher des droits de ces établissements. Les États-Unis estiment que les établissements qui n'auraient pas été en droit de tirer avantage de l'exception initiale pour usage de type privé de 1976 ou de l'accord avec la NLBA et qui, par conséquent, bénéficient depuis peu de l'exception énoncée à l'alinéa B) sont peu nombreux. À leur avis, si l'on considère l'ensemble des utilisations qui s'offrent aux titulaires du droit d'auteur en vertu de la Loi sur le droit d'auteur des

¹⁶⁶ Réponses des CE et des États-Unis à la question n° 14 que le Groupe spécial a posée aux deux parties.

¹⁶⁷ À cet égard, les États-Unis se réfèrent à l'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose que les Membres "seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord".

États-Unis pour exploiter ce droit¹⁶⁸, la limitation résiduelle concernant certaines utilisations secondaires d'œuvres radiodiffusées ne va pas jusqu'à porter atteinte à l'exploitation normale.

6.191 Les Communautés européennes répondent que les difficultés administratives que soulève la concession de licences à un grand nombre de petits établissements ne justifient pas l'absence même du droit, car on ne peut faire respecter que les droits qui sont reconnus par la loi. Elles soulignent également que l'utilisation de musique enregistrée n'est pas visée par les exceptions. Faisant valoir que cette différenciation est difficile à justifier, les Communautés européennes soutiennent que, dans la mesure où la concession de licences à un grand nombre d'établissements soulève des difficultés insurmontables, ces difficultés devraient survenir indépendamment du moyen utilisé. Elles font aussi observer que leurs CMO parviennent à concéder des licences à un grand nombre de petites entreprises commerciales sans rencontrer d'obstacles insurmontables, alors que les CMO des États-Unis, faute de protection juridique, n'ont pas mis en place la structure administrative nécessaire pour concéder des licences aux petits établissements.

6.192 En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis précisent qu'ils ne prétendent pas que les difficultés administratives que soulève la concession de licences aux petits établissements sont plus grandes pour la musique radiodiffusée que pour les disques compacts ou la musique exécutée en direct. La raison d'être de cette distinction est, pour une part, plutôt historique.¹⁶⁹

6.193 S'agissant de leur indication selon laquelle le marché auquel s'applique l'exception pour usage dans des entreprises commerciales n'a jamais été exploité de manière significative par les CMO, les États-Unis ont communiqué des renseignements concernant le nombre et le pourcentage d'établissements auxquels les CMO avaient concédé des licences dans le passé.¹⁷⁰ Ils expliquent que, lorsqu'il a procédé à un examen de l'exception initiale pour usage de type privé énoncée à l'article 110 5), le Congrès des États-Unis a constaté que, avant 1976, la majorité des bénéficiaires de l'exception qui était alors envisagée n'avait pas de licence.¹⁷¹ En ce qui concerne la situation pendant la période qui s'est écoulée entre l'entrée en vigueur de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur et la modification de 1998, les États-Unis se réfèrent aux renseignements communiqués par la NRA.¹⁷² Se fondant sur les données du Bureau du recensement des États-Unis pour 1996 et sur un certain nombre de ses propres études, la NRA estime qu'à cette époque, aux États-Unis, les CMO avaient concédé des licences à 16 pour cent des restaurants avec service à la table et à 5 pour cent des restaurants à service rapide. D'après les estimations de la NRA fondées sur les données du Bureau du recensement, il y avait aux États-Unis à peu près le même nombre de restaurants avec service à la table et de restaurants à service rapide.¹⁷³ Établissant la moyenne de ces pourcentages, les États-Unis concluent que les CMO avaient concédé des licences à environ 10,5 pour cent des restaurants.

¹⁶⁸ Pièce n° 14 des États-Unis.

¹⁶⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 7 que le Groupe spécial leur a posée.

¹⁷⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 10 que le Groupe spécial leur a posée.

¹⁷¹ Rapport de la Chambre (1976), pièce n° 1 des États-Unis.

¹⁷² Lettre, datée du 18 novembre 1999, adressée par la NRA au représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales. Pièce confidentielle n° 18 des États-Unis.

¹⁷³ Sur la base des données du Bureau du recensement, la NRA estime qu'il y avait aux États-Unis 183 253 restaurants avec service à la table et 185 891 restaurants à service rapide. Se fondant sur ces données et sur un certain nombre de ses propres études, elle estime que pendant la même période, les CMO avaient concédé des licences à 16 pour cent (28 000-31 000) des restaurants avec service à la table et à 5 pour cent (8 000-10 000) des restaurants à service rapide. Voir la réponse des États-Unis à la question n° 10 b que le Groupe spécial leur a posée.

6.194 À ce sujet, les États-Unis se réfèrent à la déposition de la Présidente de l'ASCAP devant le Congrès des États-Unis en 1997.¹⁷⁴ Se fondant sur le nombre total de restaurants auxquels l'ASCAP avait concédé des licences¹⁷⁵ et sur le nombre total de restaurants estimé par la NRA sur la base des données du Bureau du recensement¹⁷⁶, ils estiment qu'à cette époque l'ASCAP n'avait pas concédé de licences à plus de 19 pour cent des restaurants, ce qui, à leur avis, indique également que le nombre de licences concédées aux établissements de ce genre était relativement peu élevé.

6.195 Nous rappelons que, dans son étude de novembre 1995¹⁷⁷, le CRS a estimé que 16 pour cent des établissements de restauration, 13,5 pour cent des débits de boissons et 18 pour cent des établissements de ventes au détail avaient une superficie qui n'était pas supérieure à cette époque à celle du restaurant de *M. Aiken*, c'est-à-dire 1 055 pieds carrés. Ces établissements pouvaient bénéficier de l'exception énoncée à l'article 110 5) initial, sous réserve de limitations concernant le matériel. Les États-Unis donnent deux estimations du nombre de restaurants auxquels des licences avaient été concédées à cette époque: d'une part, les CMO en avaient concédé à 10,5 pour cent¹⁷⁸, et, d'autre part, l'ASCAP à 19 pour cent.¹⁷⁹ Ils estiment aussi que 74 pour cent de l'ensemble des restaurants diffusent de la musique sous une forme ou une autre.¹⁸⁰

6.196 Même lorsque nous déduisons la proportion des restaurants qui étaient potentiellement visés par l'exception initiale pour usage de type privé, nous pouvons convenir avec les États-Unis qu'il ressort de ces chiffres que le nombre de licences concédées à des restaurants susceptibles de diffuser de la musique était relativement peu élevé. Toutefois, comme nous l'avons noté plus haut, la question de savoir si les CMO exercent pleinement leur droit d'autoriser l'utilisation de droits exclusifs particuliers ou choisissent de percevoir une rémunération pour des utilisations particulières ou auprès d'utilisateurs particuliers peut, à notre avis, ne pas nécessairement être pleinement indicative de l'"exploitation normale" de droits exclusifs. Pour voir si la modification de 1998 porte atteinte à l'exploitation normale, le fait qu'elle ne change pas en règle générale les pratiques en matière de licences s'agissant des établissements qui étaient déjà visés par l'ancienne exception pour usage de type privé ne présente pas d'intérêt; il est évident qu'en raison de l'exception préexistante pour usage de type privé, il ne pouvait pas être concédé de licences à ces établissements. Nous allons examiner séparément ci-après la question de savoir si l'exception pour usage dans des entreprises commerciales, telle qu'elle est énoncée dans l'article 110 5) modifié, porte atteinte à l'exploitation normale.

6.197 Les restaurants auxquels les CMO avaient concédé des licences avant la modification de 1998 étaient pour la plupart, on peut le supposer, des restaurants dont la superficie dépassait les limites établies dans le cadre de l'affaire *Aiken* (ou ne se conformaient pas aux limites concernant le matériel applicables aux petits restaurants). Les deux estimations des États-Unis concernant la proportion de restaurants auxquels des licences avaient été concédées (10,5 et 19 pour cent) prises conjointement avec leur estimation concernant la proportion de restaurants qui diffusent de la musique sous une forme ou une autre (74 pour cent) donnent à penser que bon nombre de restaurants, dont la superficie

¹⁷⁴ Déclaration écrite de la Présidente de l'ASCAP, Mme Marilyn Bergman, datée du 31 juillet 1997, adressée à la Sous-Commission de la justice et de la propriété intellectuelle, Commission des lois de la Chambre. Pièce n° 20 des États-Unis.

¹⁷⁵ Dans sa déposition devant le Congrès en 1997, la Présidente de l'ASCAP a déclaré que "le nombre total de restaurants auxquels l'ASCAP avait concédé des licences ne dépasse pas 70 000". Pièce n° 20 des États-Unis, page 177. Dans sa déposition, elle s'est aussi plainte de ce qu'"[i]l existe un énorme problème de non-respect de la part de dizaines de milliers de restaurants". Pièce n° 20 des États-Unis, page 175.

¹⁷⁶ Sur la base des données du Bureau du recensement, la NRA a estimé qu'il y avait au total aux États-Unis 369 144 restaurants avec service à la table et restaurants à service rapide. Pièce confidentielle n° 18 des États-Unis.

¹⁷⁷ Voir le paragraphe 2.11.

¹⁷⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 10 b) que le Groupe spécial leur a posée, paragraphe 1.

¹⁷⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 10 b) que le Groupe spécial leur a posée, paragraphe 2.

¹⁸⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 11 b) que le Groupe spécial leur a posée.

dépassait les limites établies dans le cadre de l'affaire *Aiken* et qui étaient susceptibles de diffuser de la musique, n'avaient apparemment pas de licence, ce qui tend à laisser supposer que parmi des utilisateurs similaires, certains acquittaient des droits de licence et d'autres pas. Il ne nous a pas été fourni d'éléments qui prouvent qu'il serait considéré comme normal de s'attendre qu'une rémunération soit perçue auprès de certains utilisateurs mais pas auprès d'autres se trouvant dans une situation similaire.

6.198 Nous ne trouvons pas convaincant l'argument selon lequel une exception qui codifie une pratique en vigueur des CMO consistant à ne pas concéder de licences à certains utilisateurs devrait être présumée ne pas porter atteinte à l'exploitation normale parce qu'elle n'affectait pas les attentes des titulaires de droits quant à la rémunération à percevoir. À notre sens, cela reviendrait à assimiler l'"exploitation normale" aux pratiques en matière de "rémunération normale" en vigueur à un moment donné sur un marché ou dans un pays donné. Si de telles exceptions étaient admissibles en soi, l'exercice d'un droit exclusif par les détenteurs de droits pourrait effectivement être "gelé" à n'importe quel stade et à n'importe quel degré. À notre avis, une telle argumentation pourrait être utilisée de manière abusive pour justifier n'importe quelle exception ou limitation puisque les détenteurs de droits ne pourraient jamais raisonnablement s'attendre à percevoir une rémunération pour les utilisations qui ne sont pas visées par les droits exclusifs prévus dans la législation nationale. Logiquement, cela ne saurait être considéré comme une atteinte portée à l'exploitation normale. Il en serait de même dans les cas où un faible niveau d'exercice d'un droit exclusif serait imputable à l'absence de moyens de faire respecter ce droit qui soient effectifs ou abordables. En d'autres termes, les pratiques des CMO en matière de licences sur un marché donné et à un moment donné ne définissent pas les normes minimales de protection au titre de l'Accord sur les ADPIC que doit prévoir la législation nationale.

6.199 Les États-Unis appellent l'attention sur une proposition de leurs CMO visant à modifier l'article 110 5).¹⁸¹ En 1995, les CMO ont présenté un texte destiné à remplacer le projet de loi¹⁸² qui était en instance au Congrès à cette époque. Dans leur proposition, les CMO suggéraient de limiter la superficie à 1 250 pieds carrés et préconisaient des limitations spécifiques concernant le matériel, à savoir pas plus de quatre haut-parleurs et de deux écrans de télévision de 44 pouces au maximum. En ce qui concerne d'autres questions, les CMO indiquaient dans leur proposition qu'il était possible et souhaitable de leur laisser le soin d'arriver à un règlement négocié avec les associations d'utilisateurs.¹⁸³ La proposition des CMO représentait une légère extension de l'exception initiale pour usage de type privé.¹⁸⁴

6.200 Il peut y avoir un certain nombre de raisons et de motifs pour lesquels les CMO, des alliances de petites entreprises commerciales ou d'autres groupes d'intérêt, soumettent des propositions de lois à un parlement national. Certaines propositions pourraient faire partie d'un compromis global plus vaste comportant des éléments qui soient plus ou moins favorables à des groupes particuliers parties prenantes dans le processus. Il ne nous appartient pas de porter un jugement après coup sur ces motifs ou stratégies de négociation. Notre mandat se limite à l'examen de la compatibilité avec les normes de fond de l'Accord sur les ADPIC de l'article 110 5) actuellement applicable, qui a finalement été adopté. Pour nous acquitter de notre mandat, il nous faut interpréter le membre de phrase "ne portent pas atteinte à l'exploitation normale" sur la base des critères énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne et examiner l'alinéa B) à la lumière d'une norme objective. En conséquence, nous ne pensons pas que la proposition de loi émanant des CMO des États-Unis présente de l'intérêt pour interpréter la deuxième condition énoncée à l'article 13. On ne peut pas reprocher aux CMO d'avoir soumis une

¹⁸¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 11.

¹⁸² H.R. 789, pièce n° 4 des États-Unis.

¹⁸³ Lettre adressée le 24 juillet 1995 à M. Carlos Moorhead par l'ASCAP, BMI, Inc. et SESAC, Inc., pièce n° 5 des États-Unis.

¹⁸⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 11.

proposition au cours de la procédure législative et cette proposition ne peut pas non plus être utilisée pour déterminer des obligations conventionnelles.

6.201 Les États-Unis font aussi valoir que, faute de solution législative à cette époque, leurs CMO ont signé en octobre 1995 avec la NLBA un accord privé de licence collective ("accord avec la NLBA"). Les CMO ont proposé d'étendre l'accord à l'Association nationale des restaurateurs (NRA) et à d'autres membres de l'alliance qui préconisaient une extension de l'exception dans la loi. Cet accord exempte les établissements membres de la NLBA du paiement de droits de licence pour la diffusion de musique transmise par la radio ou la télévision, si l'établissement a une superficie inférieure à 3 500 pieds carrés ou, si sa superficie est supérieure, s'il se conforme à certaines limitations concernant le matériel. Les États-Unis soulignent que la portée des exceptions que prévoit cet accord de licence collective volontairement négocié est dans une large mesure identique à celle de la législation qui, trois ans plus tard, en 1998, est devenue la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales.¹⁸⁵

6.202 Les Communautés européennes soutiennent que les CMO se sont efforcées de négocier ces accords de licence collective afin d'empêcher l'adoption d'une législation encore moins favorable. Elles comparent cela à une situation dans laquelle le titulaire d'un droit est plus enclin à accorder une licence contractuelle à des conditions relativement défavorables dans un pays où il est facile d'obtenir une licence obligatoire que dans un pays où il est difficile d'en obtenir. De plus, à leur avis, la référence faite par les États-Unis à des accords privés est de nature circulaire. C'est seulement après que le législateur a établi un cadre juridique que les agents économiques privés peuvent commencer à agir dans ce cadre. En d'autres termes, c'est seulement lorsqu'une loi prévoit expressément un droit de représentation ou d'exécution publique que les parties peuvent utilement se mettre d'accord sur un contrat de licence. Dans les cas où une loi envisage l'utilisation gratuite, il n'y a pas lieu de conclure un contrat de licence puisqu'il n'y a de toute façon aucun droit à accorder par voie de licence.

6.203 Nous notons que les États-Unis n'ont pas été en mesure de fournir au Groupe spécial un exemplaire de l'accord avec la NLBA parce que celle-ci considérait qu'il contenait des renseignements commerciaux exclusifs.¹⁸⁶ En conséquence, pour voir si l'accord avec la NLBA présente de l'intérêt pour les questions à l'examen, il nous faut nous appuyer sur d'autres renseignements indirects que nous ont communiqués les parties.

6.204 Nous reconnaissons qu'il y a des similitudes entre les clauses de l'accord avec la NLBA et les dispositions de la version, qui a finalement été adoptée, de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B), mais nous relevons aussi des différences. L'accord avec la NLBA semble être un ensemble complet de clauses relatives à la concession de licences concernant les droits d'exécution, qui vont au-delà des questions sur lesquelles portait l'exception pour usage dans des entreprises commerciales telle qu'elle était alors en instance ou qu'elle a été ultérieurement adoptée. Par exemple, cet accord est administré par la NLBA moyennant une faible proportion des droits de licence perçus. Les petits établissements qui remplissent les conditions requises pour bénéficier d'une exception en vertu de l'accord doivent demander à la NLBA une "licence au titre de l'exception" pour laquelle ils acquittent un droit de 30 dollars EU par an. Par conséquent, cet accord peut être défini comme une forme d'exercice de droits exclusifs par l'octroi aux petits établissements de restauration et débits de boisson de "licences au titre de l'exception" moyennant le paiement d'un droit forfaitaire peu élevé.¹⁸⁷ En outre, en application de l'accord, les CMO et la NLBA s'engagent à œuvrer de concert pour offrir certains avantages à ceux qui choisissent l'accord collectif. En

¹⁸⁵ Pour des précisions, voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 12 et 13.

¹⁸⁶ Voir la réponse des États-Unis à la question n° 1 c) que le Groupe spécial leur a posée.

¹⁸⁷ En comparaison, nous notons que l'Association australienne de gestion des droits d'exécution accorde gratuitement des licences à certains petits établissements. Voir la réponse de l'Australie à la question n° 2 que le Groupe spécial a posée aux tierces parties.

annonçant cet accord, la NLBA a invité instamment ses membres à acquérir une licence dans le cadre de l'accord.¹⁸⁸ Cette façon de procéder de la NLBA était de nature à inciter un plus grand nombre de restaurants à souscrire volontairement à la licence collective que les efforts concertés déployés par les CMO pour concéder des licences à tels ou tels restaurants.¹⁸⁹

6.205 Une chose est d'avoir une pratique comme celle que constitue l'accord avec la NLBA: les détenteurs de droits n'ont pas besoin d'exploiter leurs droits, ou ils peuvent le faire moyennant un droit peu élevé ou sans acquitter de droit. Une autre est d'adopter une législation empêchant l'exercice d'un droit, qu'un pays est obligé, en vertu d'un traité qui le contraint à le faire, d'accorder aux ressortissants des autres parties au traité. Les arrangements de licence individuelle ou collective résultent de négociations entre les parties et non d'une décision des pouvoirs publics de les imposer. Sous réserve des clauses convenues entre les parties, ils peuvent être étendus ou modifiés ou il peut y être mis fin au gré des parties. L'arrangement avec la NLBA est susceptible d'évoluer en fonction des conditions du marché affectant l'exploitation normale d'œuvres, mais l'exception pour usage dans des entreprises commerciales que prévoit la loi ne peut pas évoluer de la même manière étant donné qu'elle empêche le marché de se développer ou qu'elle le fausse. Nous notons que l'article 13, y compris sa deuxième condition, définit un critère objectif pour les exceptions admissibles aux droits exclusifs. Pour déterminer si une exception prévue par la loi satisfait à ce critère, une comparaison entre ses dispositions et les clauses et conditions d'un arrangement de licence collective tel que celui conclu entre la NLBA et les CMO des États-Unis ne présente pas d'intérêt.

6.206 Nous rappelons que la très grande majorité des établissements de restauration et débits de boissons et près de la moitié des établissements de vente au détail remplissent les conditions requises pour bénéficier de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales, ce qui constitue une source majeure potentielle de redevances pour l'exercice des droits exclusifs énoncés aux articles 11 1) *bis* 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971), ainsi qu'en témoignent les chiffres tirés des études de D & B auxquels nous faisons référence dans notre analyse de la première condition énoncée à l'article 13.

6.207 Nous rappelons que l'alinéa B) de l'article 110 5) énonce une exception qui s'applique à la communication publique d'œuvres radio et télédiffusées, mais la diffusion d'œuvres musicales à partir de disques compacts et de bandes (ou de musique exécutée en direct) n'est pas visée par cette exception. Étant donné qu'il ne nous a pas été fourni de raisons autres que des raisons historiques

¹⁸⁸ Les renseignements ci-dessus se fondent sur NLBA News, avril 1997, pièce n° 6 des États-Unis, et sur "Music Licensing Agreement with ASCAP, BMI & SESAC for NLBA members; NLBA announces the deal of the century", pièce n° 7 des États-Unis. Selon les États-Unis, le droit à acquitter pour obtenir une licence au titre de l'exception est actuellement de 50 dollars EU.

¹⁸⁹ Nous ne pouvons pas exclure la possibilité que les clauses de l'accord avec la NLBA aient influencé le projet de loi en instance au Congrès des États-Unis à l'époque où l'accord a été conclu. Toutefois, nous estimons sans intérêt aux fins de notre examen de la deuxième condition énoncée à l'article 13 que, comme les États-Unis l'ont fait observer, l'ASCAP se soit félicitée de l'accord privé de licence collective et l'ait qualifié de compromis équitable, déclarant qu'il bénéficierait aux petites entreprises commerciales tout en garantissant la protection des droits des détenteurs de droits. De même, il est sans intérêt aux fins de notre examen de cette condition que, comme l'ont souligné les Communautés européennes, l'ASCAP et BMI aient dénoncé la Loi de 1998 sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales dans un communiqué de presse lors de son adoption par le Congrès des États-Unis. (Les CE se réfèrent à un communiqué de presse conjoint de l'ASCAP et de BMI, pièce n° 14 des CE: "En adoptant cette législation concernant la concession de licences relatives à des œuvres musicales, qui confisque la propriété privée des titulaires du droit d'auteur, le gouvernement des États-Unis a gravement pénalisé les auteurs de chansons, compositeurs et éditeurs américains. Les gains des auteurs de chansons, compositeurs et éditeurs ont été amputés de plusieurs dizaines de millions de dollars chaque année.") Nous notons que les détenteurs de droits ou leurs CMO ne sont pas empêchés de faire valoir leurs droits du fait de propositions de lois ou de commentaires qu'ils ont formulés à leur sujet.

pour justifier cette distinction, nous ne voyons aucune raison logique de faire la différence entre musique radiodiffusée et musique enregistrée lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'est une utilisation normale d'œuvres musicales.

6.208 Il est vrai, comme les États-Unis le font observer, que bon nombre de ces établissements pourraient ne pas diffuser de musique du tout ou diffuser de la musique enregistrée ou de la musique exécutée en direct. D'après les enquêtes de la NLBA¹⁹⁰, parmi les établissements qui en sont membres, 26 pour cent utilisent des disques compacts ou des bandes, 18 pour cent font appel à des services de musique de fond, 37 pour cent diffusent de la musique exécutée en direct et 28 pour cent passent de la musique radiodiffusée.¹⁹¹ Les États-Unis estiment que, dans l'ensemble, environ 74 pour cent des restaurants américains diffusent de la musique à partir de diverses sources. Ils ont aussi fourni des estimations de la RNA concernant le pourcentage de restaurants membres qui utilisent la radio ou la télévision; ces chiffres ne sont pas reproduits ici étant donné que ces renseignements ont été communiqués aux États-Unis à titre confidentiel.¹⁹² À partir de ces données, les États-Unis présument que 44 pour cent au plus des droits de licence peuvent être imputés à la musique diffusée à la radio.¹⁹³

6.209 Nous notons que les parties conviennent que les difficultés administratives que soulèvent pour les CMO la concession de licences à un grand nombre de petits établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail ne diffèrent pas selon le moyen utilisé pour diffuser de la musique. Nous estimons que la différenciation entre différents types de moyens peut inciter les exploitants d'établissements visés par l'alinéa B) à remplacer la musique enregistrée ou exécutée en direct, pour laquelle il faut acquitter un droit, par de la musique radio ou télédiffusée, qui est gratuite. Cela peut également créer une incitation à réduire les droits de licence pour la musique enregistrée afin que les utilisateurs ne passent pas à la place de la musique radiodiffusée.

6.210 Les détenteurs de droits sur des œuvres musicales s'attendraient à être en mesure d'autoriser l'utilisation de musique radio ou télédiffusée par bon nombre des établissements visés par l'exception et, le cas échéant, à recevoir une rémunération pour l'utilisation de leurs œuvres. En conséquence, nous ne pouvons que conclure qu'une exception d'une portée telle que celle énoncée à l'alinéa B) porte atteinte à l'"exploitation normale" de l'œuvre s'agissant des droits exclusifs conférés par les articles 11bis 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971).

6.211 À la lumière de ces considérations, nous concluons que l'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre au sens de la deuxième condition énoncée à l'article 13.

iii) *L'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A)*

6.212 Les États-Unis font valoir que l'exception pour usage de type privé, même avant que les œuvres musicales non dramatiques n'aient été exclues de son champ d'application en vertu de la modification de 1998, était limitée aux établissements qui n'étaient pas assez grands pour justifier

¹⁹⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 11 b) que le Groupe spécial leur a posée.

¹⁹¹ Lettre de la NLBA du 18 novembre 1999, pièce confidentielle n° 17 des États-Unis.

¹⁹² Nous estimons que le fait que ces renseignements statistiques sont qualifiés de confidentiels ne nous aide pas à nous acquitter de la tâche qui nous incombe de faire des constatations qui permettent le mieux à l'ORD de remplir ses fonctions en matière de règlement des différends. Toutefois, eu égard à nos constatations concernant la compatibilité de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales avec la deuxième condition énoncée à l'article 13, y compris nos considérations quant aux effets de substitution entre diverses sources de musique, les renseignements en question ne sont pas essentiels pour nos constatations.

¹⁹³ Réponse des États-Unis à la question n° 11 b) que le Groupe spécial leur a posée.

l'abonnement à un service commercial de musique de fond.¹⁹⁴ Ainsi qu'il est noté dans le rapport de la Chambre (1976), le Congrès des États-Unis entendait que cette exception codifiée simplement les pratiques en matière de licences déjà en vigueur. L'exception initiale pour usage de type privé de 1976 ne devait concerner que les établissements qui n'étaient pas susceptibles d'obtenir autrement une licence ou auxquels il n'en aurait pas été concédé conformément aux pratiques en vigueur à cette époque. Les États-Unis soutiennent que l'alinéa A) de l'article 110 5) modifié ne porte pas atteinte à l'attente des détenteurs de droits quant à l'exploitation normale de leurs œuvres.

6.213 Pour ce qui est du matériel admissible, nous notons que, conformément au rapport de la Chambre (1976), le but de l'exception sous sa forme initiale était d'exonérer de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur "quiconque met simplement en marche, dans un lieu public, un appareil récepteur ordinaire de radio ou de télévision d'un modèle couramment vendu au public pour un usage privé". "[Cette disposition] engagerait la responsabilité du propriétaire lorsque celui-ci installe un "système de diffusion sonore" de type commercial ou qu'il convertit un appareil récepteur couramment utilisé dans les foyers (en augmentant sa puissance au moyen de matériel d'amplification perfectionné ou important) en l'équivalent d'un système de diffusion sonore de type commercial."¹⁹⁵ Nous rappelons aussi la raison d'être de l'exception pour usage de type privé telle qu'elle ressort de l'historique de l'adoption de sa version initiale: "La raison d'être fondamentale de cette disposition est que l'utilisation secondaire que l'on fait d'une émission en allumant un poste récepteur en public est si éloignée et minime qu'elle ne devrait engager aucune autre responsabilité."¹⁹⁶

6.214 En d'autres termes, cette disposition devait établir la ligne de démarcation entre deux situations: une situation où quelqu'un écoute la radio ou regarde la télévision – ce qui à l'évidence n'entre pas dans le champ du droit d'auteur et, partant, sort du cadre de l'exploitation normale d'œuvres – et une situation où quelqu'un utilise du matériel approprié pour procéder à une nouvelle exécution publique d'une œuvre musicale faisant l'objet d'une émission radiodiffusée ou à autre transmission. Cette ligne de démarcation est établie en accordant de l'importance au fait d'"allum[er] un poste récepteur ordinaire", bien que le public puisse également entendre la transmission.

6.215 En ce qui concerne les bénéficiaires de l'exception pour usage de type privé, nous notons que l'historique de son adoption révèle qu'il était entendu que cette exception ne devait concerner que les établissements qui n'étaient pas susceptibles d'obtenir autrement une licence ou auxquels il n'en aurait pas été concédé conformément aux pratiques en vigueur à cette époque. Ainsi qu'il a été souligné plus haut, d'après une étude effectuée en 1995 par le CRS, le nombre d'établissements qui étaient aussi grands ou plus petits que le restaurant de M. *Aiken* et pouvaient bénéficier de l'exception pour usage

¹⁹⁴ Rapport de Conférence du Congrès des États-Unis (1976), pièce n° 2 des États-Unis, auquel il est fait référence plus haut au paragraphe 2.5.

¹⁹⁵ Ces citations sont extraites du rapport de la Commission des lois de la Chambre, H.R. Rep. n° 94-1476, 94th Cong., 2nd Session 87 (1976), telles qu'elles sont reproduites dans la pièce n° 1 des États-Unis. Le rapport indique en outre que "les facteurs à prendre en considération dans des cas particuliers sont notamment la taille, la disposition matérielle et le niveau sonore des zones de l'établissement où les émissions peuvent être vues ou entendues, et la mesure dans laquelle l'appareil récepteur a été modifié ou sa puissance a été augmentée afin d'améliorer la qualité auditive ou visuelle de la réception". Les facteurs à prendre en considération pour appliquer l'exception sont en grande partie fondés sur les faits concernant une affaire tranchée par la Cour suprême des États-Unis immédiatement avant l'adoption de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975). Dans l'affaire *Aiken*, la Cour a décidé que le propriétaire d'un petit restaurant à service rapide était exonéré de toute responsabilité pour atteinte au droit d'auteur lorsqu'il diffusait de la musique à l'aide d'une radio raccordée à quatre haut-parleurs situés au plafond; la superficie de l'établissement était de 1 055 pieds carrés (98 m²) dont 620 pieds carrés (56 m²) étaient ouverts au public. Selon le rapport, la situation factuelle dans l'affaire *Aiken* constitue la "limite extrême de l'exception".

¹⁹⁶ Voir le rapport de la Chambre (1976), pièce n° 1 des États-Unis, auquel il est fait référence plus haut au paragraphe 2.5.

de type privé se limite à un pourcentage comparativement faible de l'ensemble des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail aux États-Unis.¹⁹⁷

6.216 Les États-Unis font valoir que l'exception pour usage de type privé de 1998 est d'autant moins susceptible de porter atteinte à l'exploitation normale d'œuvres que sa portée est maintenant limitée aux œuvres autres que les œuvres musicales non dramatiques. Un mécanisme de licence collective pour les œuvres musicales non dramatiques existe aux États-Unis, mais il n'y a pas de mécanisme de ce genre pour les œuvres musicales "dramatiques" et les divers détenteurs de droits ne concèdent pas ou pratiquement pas de licences directement aux établissements en question. En conséquence, de l'avis des États-Unis, les auteurs ne pourraient pas raisonnablement s'attendre à exploiter des œuvres musicales "dramatiques" en temps normal en concédant des licences pour des exécutions ou des communications publiques de ces œuvres aux établissements qui peuvent invoquer l'alinéa A).

6.217 Nous rappelons que les parties estiment d'un commun accord que le champ d'action de l'alinéa A) est limité en ce qui concerne les œuvres musicales, à la communication publique d'émissions comprenant des interprétations dramatiques d'œuvres musicales "dramatiques", telles que les opéras, les opérettes, les comédies musicales et d'autres œuvres dramatiques similaires. En conséquence, les exécutions, par exemple, de chansons isolées extraites d'une œuvre musicale dramatique hors d'un contexte dramatique constitueraient une interprétation d'une œuvre non dramatique et relèveraient du champ d'application de l'alinéa B).

6.218 Nous croyons comprendre que les parties conviennent que, normalement, les détenteurs de droits ne concèdent pas de licences ni ne cherchent à en concéder pour la communication publique d'émissions comprenant des interprétations dramatiques d'œuvres musicales "dramatiques" au sens de l'article 11*bis* 1) 3° et/ou 11 1) 2°. Il ne nous a pas été communiqué de renseignements au sujet de toutes pratiques existantes en matière de licences concernant la communication publique d'exécutions radiodiffusées d'œuvres dramatiques (par exemple, opéras, opérettes, comédies musicales) par des établissements de restauration, des débits de boissons ou des établissements de vente au détail aux États-Unis ou dans n'importe quel autre pays. À cet égard, nous ne voyons pas en quoi l'exception pour usage de type privé, telle qu'elle est limitée sous sa forme révisée aux œuvres autres que les œuvres musicales non dramatiques, pourrait revêtir une importance économique ou pratique d'une ampleur notable pour les détenteurs de droits sur des œuvres musicales.

6.219 En conséquence, nous concluons que l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A) de l'article 110 5) ne porte pas atteinte à l'exploitation normale d'œuvres au sens de la deuxième condition énoncée à l'article 13.

d) "Ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit"

i) *Analyse interprétative générale*

6.220 Les États-Unis définissent le "préjudice [causé] aux intérêts légitimes du détenteur du droit" par rapport à l'incidence économique qu'engendrent les alinéas A) et B) de l'article 110 5). À leur avis, la deuxième condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC a trait au degré d'éviction du marché qu'engendre une limitation ou exception, mais le critère du "préjudice injustifié" permet de mesurer jusqu'à quel point les effets de l'exception portent tort au détenteur du droit. Étant donné

¹⁹⁷ Plus précisément, dans son étude de 1995, le CRS a constaté que 16 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration, 13,5 pour cent de l'ensemble des débits de boissons et 18 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail étaient aussi grands ou plus petits que le restaurant de M. *Aiken* (1 055 pieds carrés de superficie aux États-Unis totale). Voir plus haut les paragraphes 2.11 et 6.142.

qu'une exception à des droits exclusifs peut techniquement conduire à un certain degré de préjudice pour le détenteur du droit, la question fondamentale est celle de savoir si le préjudice est injustifié.¹⁹⁸

6.221 Les Communautés européennes soutiennent que les intérêts légitimes du détenteur d'un droit consistent à être en mesure de prévenir toutes circonstances dans lesquelles une certaine utilisation de son œuvre protégée par un droit exclusif spécifique serait faite par un tiers sans son consentement. Les intérêts légitimes comprennent, à tout le moins, toutes utilisations commerciales par un tiers des droits exclusifs du détenteur du droit. Pour les Communautés européennes, des éléments aussi bien empiriques que normatifs présentent de l'intérêt pour l'examen de la troisième condition énoncée à l'article 13. Dans la pratique, le préjudice économique pour les détenteurs de droits devrait être évalué principalement sur la base des effets économiques dans le pays qui applique l'exception. À leur avis, il suffit de démontrer qu'un préjudice pourrait être causé; il n'est pas nécessaire de chiffrer les pertes financières réelles subies par les détenteurs de droits concernés.

6.222 Nous notons que l'analyse de la troisième condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC implique plusieurs étapes. Premièrement, il faut définir quels sont les "intérêts" en jeu des détenteurs de droits et quelles caractéristiques font qu'ils sont "légitimes". Il est ensuite nécessaire de donner une interprétation du terme "préjudice" et de déterminer quel montant de ce préjudice atteint un niveau qui devrait être considéré comme "injustifié".

6.223 Le sens ordinaire du terme "intérêts"¹⁹⁹ peut englober un droit ou un titre légal afférent à une propriété ou à l'utilisation ou au bénéfice d'une propriété (y compris la propriété intellectuelle). Il peut également évoquer une préoccupation concernant un détriment ou un avantage potentiel et, de façon plus générale, quelque chose qui revêt une certaine importance pour une personne physique ou morale. En conséquence, la notion d'"intérêts" ne se limite pas nécessairement à un avantage ou à un détriment économique réel ou potentiel.

6.224 Le terme "légitime" a les acceptions suivantes:

a) conforme, consacré ou autorisé en loi ou en principe; légal, licite; justifiable; juste.

b) normal, régulier, conforme à un type courant reconnu".

Par conséquent, ce terme a trait à la licéité du point de vue du droit positif, mais il a aussi la connotation de légitimité d'un point de vue plus normatif, s'agissant de ce que requiert la protection d'intérêts qui sont justifiables au regard des objectifs qui sous-tendent la protection de droits exclusifs.

6.225 Nous notons que le sens ordinaire du terme "préjudice" évoque par connotation un tort ou un dommage.²⁰⁰ L'expression "pas injustifié" ("not unreasonable" en anglais) évoque par connotation un seuil un peu plus strict que ce qu'évoque le terme "justifié". Ce dernier terme ("reasonable" en anglais) signifie "proportionné", "dans les limites du raisonnable, pas beaucoup moins ou pas

¹⁹⁸ Guide de la Convention de Berne, *op. cit.*, page 63, paragraphe 9.8.

¹⁹⁹ Autres sens: "Le fait d'avoir ou la relation que constitue le fait d'avoir une part dans quelque chose, ou d'avoir un droit sur quelque chose, en particulier en droit; un droit ou un titre, en particulier sur une propriété (sur une part dans cette propriété) ou sur une utilisation ou sur un bénéfice se rapportant à une propriété", "une part ou un enjeu financier dans quelque chose"; "quelque chose qui est à l'avantage de quelqu'un, un bénéfice, un avantage", "la relation que constitue le fait d'être impliqué ou concerné s'agissant d'un détriment ou d'un avantage potentiel", "une chose qui revêt une certaine importance pour une personne, une société, un état, etc."; Oxford English Dictionary, page 1393.

²⁰⁰ "Tort ou dommage causé à une personne ou qui résulte d'un jugement ou d'un acte, en particulier à l'occasion duquel il n'a pas été tenu compte de ses droits." Oxford English Dictionary, page 2333.

beaucoup plus que ce qui pourrait être considéré comme probable ou approprié", ou "d'un montant ou d'une ampleur juste, moyenne ou appréciable".²⁰¹

6.226 Étant donné que les parties ne contestent pas la "légitimité" de l'intérêt qu'il y a pour les détenteurs de droits d'exercer leurs droits en vue d'un gain économique, la question fondamentale qui se pose dès lors est celle du degré ou niveau de "préjudice" qui peut être considéré comme "injustifié". Avant d'aborder la question du montant du préjudice ou du type de préjudice qui atteint un niveau allant au-delà de ce qui est justifié, il nous faut trouver le moyen de mesurer ou chiffrer les intérêts légitimes.

6.227 À notre avis, une manière – encore qu'incomplète et, partant, prudente – de considérer les intérêts légitimes est de voir quelle est la valeur économique des droits exclusifs conférés par le droit d'auteur à ses détenteurs. Il est possible d'estimer sur le plan économique la valeur de l'exercice, par exemple par la concession de licences, de ces droits. Les intérêts légitimes ne se limitent pas nécessairement pour autant à cette valeur économique.²⁰²

6.228 Pour examiner la deuxième condition énoncée à l'article 13, nous avons étudié l'argument des États-Unis selon lequel le préjudice pour les détenteurs de droits causé par les exceptions en question sont minimales parce qu'ils reçoivent déjà des redevances des stations de radiodiffusion. Nous avons conclu que chaque droit exclusif conféré par le droit d'auteur, entre autres choses, en vertu de chaque sous-alinéa des articles 11*bis* et 11 de la Convention de Berne (1971) doit être examiné séparément afin de voir s'il pourrait être porté atteinte à l'"exploitation normale".²⁰³

6.229 La question fondamentale qui se pose est celle du degré ou niveau de "préjudice" qui peut être considéré comme "injustifié"²⁰⁴, étant donné que, en vertu de la troisième condition, un certain

²⁰¹ Oxford English Dictionary, page 2496.

²⁰² Rapport du Groupe spécial *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, adopté le 7 avril 2000, WT/DS114/R, paragraphes 7.60 et suiv. Nous notons cependant la différence de libellé entre l'article 13 et l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC. Ce dernier comporte aussi la mention "compte tenu des intérêts légitimes des tiers".

²⁰³ Nous rappelons aussi, s'agissant de notre examen de la deuxième condition énoncée à l'article 13, qu'il ne nous a pas été présenté d'éléments de preuve de l'existence d'arrangement de licence entre les CMO et les organismes de radiodiffusion, concernant essentiellement les droits exclusifs énoncés à l'article 11*bis* 1) 1° ou 2°, qui prévoient la possibilité de communication publique additionnelle au sens de l'article 11*bis* 1) 3° par, par exemple, les catégories d'établissements visées par les alinéas de l'article 110 5). Nous estimons qu'il nous faut voir si, s'agissant de chaque droit exclusif, les exceptions en question causent de la même manière un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits. Notre point de vue est confirmé par le fait que, comme nous l'avons souligné lorsque nous avons examiné la deuxième condition énoncée à l'article 13, les droits exclusifs particuliers conférés par les sous-alinéas des articles 11 et 11*bis* en ce qui concerne une seule et même œuvre peuvent être détenus par différentes personnes. Voir les réponses des CE et des États-Unis à la question n° 4 que le Groupe spécial a posée aux deux parties.

²⁰⁴ Le terme utilisé dans la version française de la Convention de Berne est "injustifié". Conformément à l'article 37(1) c) de la Convention, le texte anglais et le texte français de la Convention sont l'un et l'autre également authentiques, mais "en cas de contestation sur l'interprétation des divers textes, le texte français fera foi".

L'article 37 de la Convention de Berne n'a cependant pas été incorporé dans l'Accord sur les ADPIC. Dans la mesure où les articles 1 à 21 de la Convention ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC en vertu de l'article 9:1 dudit accord, la règle générale de l'article XVI de l'Accord instituant l'OMC est d'application, en d'autres termes, les versions anglaise, espagnole et française des accords visés sont également authentiques.

L'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que les traités qui sont authentiques en plusieurs langues devraient être interprétés de manière harmonieuse, c'est-à-dire en présumant que les expressions figurant dans le traité ont le même sens dans toutes les langues authentiques.

montant de "préjudice" doit être présumé fondé en tant que "n'étant pas injustifié".²⁰⁵ À notre avis, un préjudice causé aux intérêts légitimes des détenteurs de droits atteint un niveau injustifié si une exception ou limitation engendre ou risque d'engendrer un manque à gagner injustifié pour le titulaire du droit d'auteur.

Intérêts légitimes des titulaires de droits originaires des CE, des États-Unis et de pays tiers

6.230 Nous notons l'argument des CE selon lequel, s'agissant de toutes les conditions énoncées à l'article 13, l'effet sur tous les titulaires de droits de l'ensemble des Membres de l'OMC doit être pris en compte. Pour les Communautés européennes, l'incidence spécifique sur les titulaires de droits des CE n'est pas en cause à ce stade de la procédure de règlement du différend, mais pourrait être prise en considération uniquement dans le contexte de l'article 22 du Mémorandum d'accord concernant la compensation ou la suspension de concessions ou d'autres obligations équivalant à l'annulation ou à la réduction d'avantages qui a été subie. Les États-Unis ont limité leurs estimations de l'incidence économique de l'alinéa B) aux pertes réelles qu'il a engendrées pour les titulaires de droits des CE.

6.231 Cela pose la question de savoir qui peut faire respecter les intérêts légitimes des détenteurs de droits de divers Membres de l'OMC dans une procédure de groupe spécial dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC.²⁰⁶ Dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'Organe d'appel a estimé comme le groupe spécial qu'aucune disposition du Mémorandum d'accord ne contient de prescription exigeant qu'une partie plaignante démontre qu'elle a un intérêt juridique pour pouvoir demander l'établissement d'un groupe spécial.²⁰⁷ Ce rejet d'une prescription exigeant qu'il y ait un "intérêt juridique" ne signifie pas nécessairement que, s'agissant de la troisième condition énoncée à l'article 13, un préjudice causé aux intérêts légitimes des détenteurs de droits autres que les détenteurs de droits des CE devrait être pris en considération. Néanmoins, nous ne pouvons trouver dans le libellé exprès de cette condition aucune indication selon laquelle la détermination de la question de savoir si le préjudice causé par une exception ou limitation aux intérêts légitimes du détenteur du droit est d'un niveau injustifié devrait être limitée aux détenteurs de droits du Membre qui dépose la plainte.

²⁰⁵ En ce qui concerne ce qui pourrait être la ligne de démarcation entre préjudice "injustifié" et préjudice "pas injustifié", nous considérons comme convaincante l'explication donnée dans le Guide de la Convention de Berne. Il y est indiqué ce qui suit au sujet de la troisième condition énoncée à l'article 9 2) de la Convention, qui est libellé en des termes pratiquement identiques à ceux de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, mais qui fait référence aux exceptions au droit de reproduction:

"Il faut souligner qu'il ne s'agit pas de déterminer si l'auteur éprouve ou non un préjudice quelconque: il est évident qu'il y a toujours à la limite un préjudice; toutes les copies causent un préjudice ...". Ce paragraphe traite ensuite de la question de savoir si l'acte de photocopier "... porte ... atteinte à la diffusion de cette revue", et il y est précisé que "[d]ans le cas où il y aurait un manque à gagner pour l'auteur, la loi devrait lui attribuer une compensation (système de licence obligatoire avec rémunération équitable)." Voir le Guide de la Convention de Berne, paragraphe 9.8, page 63. Nous ne pensons pas que, à cet égard, la norme doive être sensiblement différente pour les droits de reproduction, les droits de représentation ou d'exécution ou les droits de radiodiffusion au sens des articles 9, 11 ou 11bis de la Convention de Berne (1971).

²⁰⁶ S'agissant de la question des effets sur les détenteurs de droits des Communautés européennes, des États-Unis et d'autres Membres de l'OMC, nous notons que l'article 1:3 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "les Membres accorderont le traitement prévu dans le présent accord aux ressortissants des autres Membres ...". Aux fins du présent différend, cette disposition signifie que les États-Unis sont tenus de respecter les obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC à l'égard des ressortissants de tous les autres Membres de l'OMC, y compris, mais pas exclusivement, les ressortissants des CE.

²⁰⁷ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *CE – Bananes III*, *op. cit.*, paragraphe 132. L'Organe d'appel a également souscrit à la déclaration du groupe spécial selon laquelle "vu l'interdépendance croissante de l'économie mondiale, ... les Membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'OMC car il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux." Voir le paragraphe 136, dans lequel est cité un passage tiré des rapports du Groupe spécial *CE – Bananes III*, paragraphe 7.50.

Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que la troisième condition énoncée à l'article 13 fasse référence exclusivement aux détenteurs de droits ressortissants de la partie plaignante, et non au "détenteur du droit" proprement dit.

6.232 Nous nous référons aussi à l'explication au sujet de la différence entre, d'une part, la procédure de groupe spécial et celle de l'Organe d'appel et, d'autre part, la procédure d'exécution dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC donnée par les arbitres, agissant en vertu de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, dans la procédure d'arbitrage États-Unis/CE concernant la suspension de concessions dans l'affaire *Bananes III*.²⁰⁸ Une évaluation de l'incidence sur un Membre d'une mesure incompatible avec les règles de l'OMC du point de vue de l'annulation ou de la réduction d'avantages présente de l'intérêt au regard de l'article 22:6 du Mémoire d'accord dès lors que la compensation ou la suspension de concessions ou d'autres obligations doit être estimée équivalente à l'annulation ou à la réduction d'avantages qui a été subie du fait d'une mesure incompatible avec les règles de l'OMC qui n'a pas été rendue conforme à celles-ci dans un délai raisonnable.

6.233 En l'espèce, les deux parties ont communiqué des estimations concernant la part du marché de la musique des détenteurs de droits des CE. Les Communautés européennes soutiennent que 25 pour cent au moins de la totalité de la musique diffusée aux États-Unis appartient à des titulaires du droit d'auteur des CE. Ce chiffre est fondé sur une estimation du secteur selon laquelle, en 1998, les artistes interprètes ou exécutants du Royaume-Uni détenaient une part de 23 pour cent dans les ventes de disques aux États-Unis. Les Communautés européennes semblent laisser entendre que ce chiffre concernant les artistes interprètes ou exécutants du Royaume-Uni serait indicatif de la part des redevances perçues pour l'amplification d'émissions de musique qui revient à des compositeurs et à d'autres détenteurs du droit d'auteur des CE. Elles ajoutent qu'un autre moyen d'estimer la part de marché des auteurs des CE est de voir quelles sont les redevances qui sont réparties par les CMO des États-Unis. Elles donnent un chiffre, communiqué par l'ASCAP pour 1998, qui indique quel pourcentage des redevances totales qu'elle a réparties est revenu aux détenteurs de droits des CE; ce chiffre n'est pas reproduit ici car il a été communiqué à titre confidentiel aux Communautés européennes.²⁰⁹

²⁰⁸ Les arbitres ont expliqué ce qui suit: "La *présomption* d'annulation ou de réduction d'avantages dans le cas d'une infraction à une disposition du GATT visée à l'article 3:8 du Mémoire d'accord ne peut à elle seule être considérée simultanément comme un *élément de preuve* établissant un niveau particulier d'annulation ou de réduction d'avantages prétendument subie par un Membre qui demande l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord beaucoup plus tard dans la procédure de règlement des différends de l'OMC. L'examen du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages effectué par les arbitres sur la base de la norme objective prévue à l'article 22 du Mémoire d'accord est un processus distinct, indépendant de la constatation d'infractions aux règles de l'OMC faite par un groupe spécial ou par l'Organe d'appel. De ce fait, les intérêts qu'un Membre peut avoir dans le commerce des marchandises ou des services, ou son intérêt dans une détermination des droits et obligations au titre des Accords de l'OMC, sont suffisants pour établir que ce Membre est fondé en droit à engager une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Toutefois, l'intérêt juridique qu'a un Membre à ce que d'autres Membres donnent suite aux recommandations et décisions ne signifie pas automatiquement à notre avis que ce Membre est habilité à obtenir l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord." Voir la Décision des arbitres concernant l'affaire *CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, adoptée le 19 avril 1998, WT/DS27/ARB, paragraphe 6.10.

²⁰⁹ Réponse des CE à la question n° 5 que le Groupe spécial leur a posée. Là encore, nous estimons que le fait que ces renseignements sont qualifiés de confidentiels par les CE ne nous aide pas à nous acquitter de la tâche qui nous incombe de faire des constatations qui permettent le mieux à l'ORD de remplir ses fonctions en matière de règlement des différends. Toutefois, étant donné que notre détermination de la question de savoir si le préjudice causé par des exceptions énoncées à l'article 110 5) aux intérêts légitimes du détenteur du droit est

6.234 Les États-Unis ne sont pas d'accord avec ce que laissent entendre les CE, à savoir que 25 pour cent des redevances perçues aux États-Unis reviennent à des détenteurs de droits des CE. Selon les États-Unis, dans une analyse interne de l'effet économique sur les détenteurs de droits des CE de l'exception pour usage de type privé, réalisé par les Communautés européennes en 1998, il a été estimé que 6,2 pour cent seulement des recettes de l'ASCAP étaient répartis entre toutes les CMO étrangères et que seulement 5,6 pour cent des recettes de BMI revenaient à toutes les CMO étrangères.²¹⁰ À l'évidence, le pourcentage revenant aux sociétés de recouvrement des CE serait sensiblement inférieur aux pourcentages revenant à toutes les sociétés de recouvrement étrangères.²¹¹

6.235 Nous prenons note de ces estimations, qui sont représentatives des conditions du marché. Toutefois, eu égard à nos considérations ci-dessus, notre détermination de la question de savoir si le préjudice causé par les exceptions énoncées à l'article 110 5) aux intérêts légitimes du détenteur du droit est d'un niveau injustifié n'est pas limitée aux détenteurs de droits des Communautés européennes.

Résumé de l'analyse interprétative générale

6.236 Nous allons maintenant examiner les alinéas A) et B) de l'article 110 5) à la lumière de ces considérations générales. Ce qui est en jeu dans notre examen de la troisième condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC c'est la question de savoir si le préjudice causé par les exceptions aux intérêts légitimes du détenteur du droit est d'un niveau injustifié. Nous allons étudier les renseignements sur les conditions du marché que les parties nous ont communiqués en tenant compte, dans la mesure du possible, du préjudice réel ainsi que du préjudice potentiel causés par ces exceptions, condition préalable pour déterminer si, de par son ampleur ou son degré, le préjudice est d'un niveau injustifié. À cet égard, nous rappelons notre considération ci-dessus selon laquelle la prise en compte des effets réels ainsi que des effets potentiels est compatible avec la pratique antérieure du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends.²¹²

ii) L'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B)

6.237 Les Communautés européennes appellent l'attention sur une analyse des effets économiques potentiels de l'alinéa B) sur les intérêts légitimes des détenteurs de droits. Elles font valoir que le caractère injustifié du préjudice causé au détenteur du droit devient tout à fait manifeste dès lors que 73 pour cent de l'ensemble des débits de boissons, 70 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration et 45 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail sont visés sans condition par l'exception pour usage dans des entreprises commerciales, alors que le reste des établissements peut aussi bénéficier de cette exception à des conditions auxquelles il est facile de satisfaire. À leur avis, le refus de protection est devenu la règle et la protection des droits exclusifs est devenue l'exception.²¹³

d'un niveau injustifié n'est pas exclusivement limitée aux détenteurs de droits des CE, le chiffre exact n'est pas essentiel pour nos constatations.

²¹⁰ Les États-Unis font référence à l'Examination Procedure Regarding the Licensing of Music Works in the United States of America (Procédure d'examen concernant la concession de licences pour les œuvres musicales aux États-Unis d'Amérique). Commission européenne, 23 février 1998. Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 34.

²¹¹ Réponse des États-Unis à la question n° 12 que le Groupe spécial leur a posée.

²¹² Voir plus haut le paragraphe 6.185 et les notes de bas de page 163 à 165.

²¹³ Voir plus haut les paragraphes 2.11 à 2.13, 6.118 à 6.122 et 6.142 pour une analyse plus détaillée des estimations concernant les établissements bénéficiant des exceptions énoncées aux alinéas A) et B) de l'article 110 5).

6.238 Les États-Unis ne cherchent pas à remettre en question l'exactitude de ces chiffres qui indiquent le pourcentage d'établissements de restauration, de débits de boissons et d'établissements de vente au détail aux États-Unis qui entrent dans les limites de superficie fixées à l'alinéa B). Prenant ces chiffres comme point de départ pour effectuer d'autres calculs, ils soutiennent cependant qu'ils ne sont pas utiles pour estimer l'incidence ou le préjudice économique causé par l'alinéa B) aux détenteurs de droits, parce qu'ils ne tiennent pas compte d'un grand nombre de facteurs pertinents qui sont déterminants pour savoir si le titulaire d'un droit subirait en fait un préjudice économique à cause de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales. Afin d'obtenir une estimation raisonnable du nombre d'établissements auprès desquels les titulaires du droit d'auteur subissent un véritable manque à gagner du fait de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales, les États-Unis retranchent de ces chiffres les établissements qui:

- i) ne diffusent pas du tout de musique;
- ii) ont recours à de la musique provenant de sources autres que la radio ou la télévision (telles que bandes, disques compacts, services commerciaux de musique de fond, juke-box ou musique en direct);
- iii) n'avaient pas de licence avant l'adoption de la modification de 1998 et auxquels les CMO n'auraient de toute façon pas été en mesure de concéder une licence;
- iv) tireraient avantage de l'accord avec la NLBA, dont les clauses sont pratiquement identiques à l'alinéa B), si l'exception prévue par la loi n'existait pas; et
- v) préféreraient cesser simplement de diffuser de la musique plutôt que de payer les droits exigés par les CMO.

Les États-Unis concèdent qu'il est impossible d'estimer ces chiffres, mais présumant qu'il y a tout lieu de croire qu'ils représentent un nombre substantiel d'établissements.

6.239 Nous allons examiner la pertinence de ces facteurs, en commençant par les premier, deuxième et cinquième, pour passer ensuite aux troisième et quatrième. À ce sujet, nous rappelons que les deux parties doivent présenter des éléments de preuve à l'appui de leurs arguments juridiques et factuels, mais que c'est aux États-Unis qu'incombe en dernier ressort la charge de prouver que l'article 110 5) satisfait aux trois conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

Pas de musique ou de la musique provenant d'une autre source

6.240 Pour fournir des précisions sur leurs premier, deuxième et cinquième facteurs de réduction, les États-Unis donnent des estimations concernant les pourcentages de restaurants qui utilisent diverses sources de musique, que nous avons indiqués plus haut sous forme résumée au paragraphe 6.208. Nous convenons que certains établissements qui passent actuellement de la musique radiodiffusée pourraient décider de cesser de le faire si, en l'absence d'une exception, ils étaient tenus de payer des droits aux CMO qui représentent les titulaires de droits. Or, il est aussi évident que des établissements qui diffusent actuellement de la musique enregistrée peuvent, à tout moment, décider de passer à la place de la musique radiodiffusée ou transmise par câble afin de ne pas avoir à payer de droits de licence. Par ailleurs, certains établissements qui ne diffusent pas du tout de musique peuvent commencer à passer de la musique radiodiffusée, étant donné que le seul coût serait celui de l'acquisition d'un système de diffusion sonore. De même, si la musique radiodiffusée amplifiée n'était pas gratuite du fait de l'alinéa B) de l'article 110 5), les exploitants d'établissements visés par cette disposition qui diffusent actuellement ce genre de musique pourraient opter pour de la musique enregistrée, des services commerciaux de musique de fond ou de la musique exécutée en direct. De plus, une exception qui fait que l'utilisation de musique à partir d'une source est gratuite est

susceptible d'affecter non seulement le nombre d'établissements qui optent pour des sources de musique qui requièrent le paiement d'un droit de licence, mais aussi le prix pour lequel les sources protégées de musique peuvent faire l'objet de concession de licences.

6.241 Il semble que l'utilisation de musique enregistrée ou de services commerciaux de musique de fond puisse être facilement remplacée par l'amplification de musique radiodiffusée ou transmise par câble. Les radiodiffusions numériques et les transmissions par câble accroissent l'offre de différents types de transmissions de musique. Le fait qu'une source de musique est gratuite, alors qu'une autre engage la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur, est susceptible d'avoir une incidence significative sur la source de musique que les exploitants d'établissements choisissent et sur la somme qu'ils sont disposés à payer pour de la musique protégée. En conséquence, outre le manque à gagner que font subir aux détenteurs de droits les utilisateurs qui bénéficient depuis peu de l'exception énoncée à l'alinéa B) de l'article 110 5), l'exception pour usage dans des entreprises commerciales est aussi susceptible de réduire le montant des recettes qui pourraient être perçues auprès des restaurants et des établissements de vente au détail pour l'utilisation de musique enregistrée et de services commerciaux de musique de fond.

6.242 Bien que ces considérations n'enlèvent pas tout intérêt aux statistiques et estimations concernant le nombre et le pourcentage d'établissements susceptibles de diffuser de la musique à partir de différentes sources ou de ne pas en diffuser du tout, il est évident que ces statistiques et estimations doivent être prises en considération, à cette restriction près que même si elles reflètent la réalité à un moment donné, elles ne tiennent pas compte de la substitution entre diverses sources de musique qui est susceptible de se produire à plus long terme.

Établissements auxquels il n'avait pas été concédé de licence avant la modification de 1998 et l'accord avec la NLBA

6.243 S'agissant du troisième facteur de réduction, les États-Unis ont communiqué des renseignements sur les pratiques antérieures en matière de licences concernant les établissements visés par l'article 110 5). Pour ce qui est de la situation avant la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, les États-Unis font observer que, lorsqu'il a procédé à un examen de l'exception initiale pour usage de type privé énoncée à l'article 110 5), le Congrès des États-Unis a constaté qu'avant 1976, la majorité des bénéficiaires de l'exception qui était alors envisagée n'avaient pas de licence. En ce qui concerne la situation pendant la période qui s'est écoulée entre l'entrée en vigueur de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur et la modification de 1998, ils donnent deux estimations, l'une selon laquelle les CMO avaient concédé des licences à environ 10,5 pour cent des restaurants, et la seconde selon laquelle l'ASCAP en avait concédé à 19 pour cent des restaurants à cette époque. À leur avis, ces chiffres indiquent que le nombre de licences concédées aux établissements était relativement peu élevé. Nous rappelons également l'estimation de novembre 1995 du CRS, selon laquelle 16 pour cent des établissements de restauration, 13,5 pour cent des débits de boissons et 18 pour cent des établissements de vente au détail avaient à cette époque une superficie inférieure à celle du restaurant de M. Aiken, c'est-à-dire 1 055 pieds carrés.²¹⁴ En outre, les États-Unis estiment que 74 pour cent de l'ensemble des restaurants diffusent de la musique sous une forme ou une autre.²¹⁵

6.244 Se fondant sur ces statistiques concernant les pratiques antérieures en matière de licences et les recettes perçues par l'ASCAP, les États-Unis soutiennent que l'incidence probable de

²¹⁴ Nous notons que la superficie de 1055 pieds carrés n'est pas mentionnée dans le texte initial ou révisé de l'exception pour usage de type privé, mais découle du jugement rendu dans l'affaire *Aiken*. Voir plus haut le paragraphe 2.6.

²¹⁵ Les chiffres ci-dessus sont analysés plus en détail, dans le contexte de notre examen de la deuxième condition énoncée à l'article 13, au paragraphe 6.208 et dans la réponse des États-Unis à la question n° 11 b) que le Groupe spécial leur a posée.

l'article 110 5) modifié sur les recettes perçues auparavant par les CMO auprès de ces établissements semble devoir être minime.²¹⁶ Quatorze pour cent des recettes totales de l'ASCAP proviennent de la concession de licences générales, notamment aux établissements de restauration, aux débits de boissons et aux établissements de vente au détail. Une bonne partie de ces recettes proviennent de la transmission publique de musique exécutée en direct ou enregistrée, et non de musique radiodiffusée. Sur la base des données émanant de la NLBA et de la NRA, les États-Unis estiment que la musique radiodiffusée représente au maximum entre 28 et 44 pour cent des recettes provenant des établissements de restauration et des débits de boissons soit, en pourcentage de 14 pour cent, entre 3,9 et 6,2 pour cent des recettes totales. Ils réduisent encore ce chiffre parce que les restaurants et les bars ne remplissent pas tous les conditions requises pour bénéficier des exceptions énoncées à l'article 110 5). Ils ajoutent que, même sur la base du chiffre des CE indiquant que 70 pour cent de l'ensemble des restaurants aux États-Unis sont visés par l'exception énoncée à l'alinéa B), on voit que l'effet sur les recettes de l'exception prévue pour la musique radiodiffusée ne dépasse pas 2,7 à 4,3 pour cent.

6.245 Le principal argument que les CE opposent aux facteurs de réduction appliqués par les États-Unis à leurs estimations du préjudice potentiel est que les redevances réellement réparties entre les détenteurs de droits, les pratiques antérieures en matière de licences et les recettes perçues ou sacrifiées par les CMO dans le passé ou à l'heure actuelle ne sont pas représentatives de l'effet économique potentiel de l'alinéa B), parce que les pratiques des CMO en matière de recouvrement sont une fonction de la protection juridique des droits exclusifs considérés.

6.246 Plus précisément, les Communautés européennes soulignent que les exceptions à la protection du droit d'auteur qui existent depuis longtemps (c'est-à-dire avant 1976, avant la décision rendue dans l'affaire *Aiken*, avant l'adoption de l'exception pour usage de type privé énoncée dans la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, et avant les décisions ultérieures rendues par les cours d'appel dans les affaires *Claire's Boutique* et *Edison Bros*²¹⁷) font que les pratiques suivies dans le passé par les CMO pour recouvrer réellement les redevances ne sont pas représentatives pour mesurer les pertes subies par les détenteurs de droits. À leur avis, cette évaluation est corroborée par le fait que, depuis que l'accord de licence collective entre les CMO des États-Unis et la NLBA est entré en vigueur, aucun droit de licence n'a été recouvré auprès des établissements d'une superficie inférieure à 3 500 pieds carrés qui bénéficient de l'exception. Ces restaurants représentent 65 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration et 72 pour cent de l'ensemble des débits de boissons.²¹⁸

6.247 Nous rappelons notre conclusion, à savoir que, dans l'application des trois conditions énoncées à l'article 13 à une exception prévue dans une loi nationale, les effets aussi bien réels que potentiels de cette exception sont à prendre en considération. En ce qui concerne la troisième condition en particulier, nous notons que si seules les pertes réelles étaient prises en compte, il pourrait être possible de justifier l'introduction d'une nouvelle exception à un droit exclusif, quelle qu'en soit la portée, dès lors que le droit en question a été établi depuis peu, que les détenteurs de droits ne disposaient pas auparavant de moyens effectifs ou abordables de faire respecter ce droit, ou que celui-ci n'était pas exercé parce que les détenteurs de droits n'avaient pas encore mis en place la structure de gestion collective nécessaire que cela exigeait. Dans ces conditions, l'introduction d'une nouvelle exception pourrait ne pas faire subir immédiatement un manque à gagner additionnel au détenteur du droit, mais celui-ci ne pourrait jamais nourrir d'attentes quant aux gains à tirer de l'exercice du droit en question. Nous estimons qu'une telle interprétation, si elle devenait la règle,

²¹⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 11 d) que le Groupe spécial leur a posée.

²¹⁷ *Broadcast Music, Inc. v. Claire's Boutiques, Inc.*, US Court of Appeals for the Seventh Circuit, n° 901-1232, 11 décembre 1991. *Voir* la pièce n° 6 des CE. *Broadcast Music, Inc. v. Edison Bros. Stores Inc.*, US Court of Appeals for the Eighth Circuit, n° 92-2115, 13 janvier 1992. *Voir* la pièce n° 5 des CE.

²¹⁸ *Voir* la première déclaration orale des CE, paragraphe 37.

pourrait amoindrir la portée et l'effet contraignant des normes minimales de protection des droits de propriété intellectuelle énoncées dans l'Accord sur les ADPIC.²¹⁹

6.248 Nous rappelons, s'agissant de la deuxième condition énoncée à l'article 13, notre considération concernant le nombre relativement peu élevé de licences concédées, avant la modification de 1998, aux restaurants dont la superficie dépassait les limites établies dans le cadre de l'affaire *Aiken* et qui étaient susceptibles de diffuser de la musique. Nous avons conclu que, sans de plus amples éléments de preuve, le fait que certains utilisateurs se trouvant dans une situation similaire avaient des licences alors que d'autres n'en avaient pas ne pouvait pas être tenu comme indicatif d'une exploitation normale. En ce qui concerne la troisième condition énoncée à l'article 13, il ne nous a pas été présenté d'arguments convaincants qui justifient la raison pour laquelle les intérêts légitimes du détenteur du droit devraient être différents selon que des utilisateurs se trouvant dans une situation similaire ont actuellement des licences ou n'en ont pas; il ne nous a pas non plus été fourni d'explication convaincante quant à la raison pour laquelle certains de ces utilisateurs avaient des licences et d'autres pas.

6.249 En conséquence, pour examiner le préjudice causé aux intérêts légitimes des détenteurs de droits par l'exception pour usage dans des entreprises commerciales, il nous faut tenir compte non seulement du manque à gagner réel auprès des restaurants auxquels les CMO avaient concédé des licences à l'époque où l'exception est entrée en vigueur, mais aussi du manque à gagner potentiel auprès d'autres restaurants de superficie similaire qui étaient susceptibles de diffuser de la musique et qui n'avaient pas de licence à cette époque.

6.250 Pour ce qui est du quatrième facteur de réduction des États-Unis, nous notons que nous sommes déjà penchés sur l'argument des États-Unis concernant la similitude entre la modification de 1998 et l'accord de licence collective conclu en 1995 entre les CMO et la NLBA lorsque nous avons examiné la deuxième condition énoncée à l'article 13. À ce sujet, nous avons noté qu'un accord privé constitue une forme d'exercice de droits exclusifs et n'est en aucune manière déterminant pour évaluer la conformité d'une exception prévue dans une loi nationale avec des obligations conventionnelles internationales.²²⁰

Résumé des aspects pertinents des facteurs ci-dessus

6.251 En conséquence, nous nous gardons d'attribuer une trop grande pertinence aux facteurs proposés par les États-Unis pour réduire les chiffres des CE censés faire apparaître le préjudice potentiel en ce qui concerne les établissements de restauration, les débits de boissons et les établissements de vente au détail et, partant, pour la détermination du niveau de préjudice causé par l'exception pour usage dans des entreprises commerciales aux intérêts légitimes des détenteurs de droits. Parallèlement, nous reconnaissons la difficulté qu'il y a à chiffrer la valeur économique du préjudice potentiel. Les renseignements factuels que les parties ont communiqués au sujet du marché que représente actuellement la concession de licences aux États-Unis ont trait pour la plupart aux pertes réelles immédiates que subissent les détenteurs de droits; en particulier, les deux parties nous ont fourni des calculs détaillés concernant le manque à gagner qui résulte pour les détenteurs de droits de la modification de 1998. Gardant présente à l'esprit notre conclusion selon laquelle de tels chiffres ne peuvent pas à eux seuls être déterminants pour l'évaluation du niveau de préjudice subi par les détenteurs de droits, nous allons maintenant examiner ces calculs.

²¹⁹ En comparaison, nous rappelons que, s'agissant de la deuxième condition, nous avons noté que le fait que le nombre de licences concédées est peu élevé ne peut pas être déterminant pour savoir s'il y a exploitation normale, dans la mesure où cela tient à l'absence de protection juridique ou de moyens d'exécution qui soient effectifs ou abordables.

²²⁰ Voir plus haut les paragraphes 6.204 et 6.205.

Les autres calculs des parties concernant les pertes subies par les détenteurs de droits

6.252 Les États-Unis estiment que si l'on considère les sommes réparties par la plus importante société de recouvrement des États-Unis, l'ASCAP, la perte annuelle maximale subie par les détenteurs de droits des CE du fait de l'exception énoncée à l'article 110 5) est comprise entre 294 113 et 586 332 dollars. Utilisant la même analyse, ils estiment que, pour ce qui est de la deuxième grande société de recouvrement, BMI, la perte est de 122 000 dollars. Dans leur calcul des sommes réparties par l'ASCAP, les États-Unis prennent comme point de départ le montant total des redevances que l'ASCAP a versées aux détenteurs de droits des CE. Deuxièmement, ils opèrent une déduction pour tenir compte du montant attribuable à la concession de licences générales (c'est-à-dire les licences pour les services commerciaux de musique de fond, et une grande diversité de licences, notamment pour les congrès et les manifestations sportives, ainsi que pour les restaurants, bars et établissements de vente au détail). Troisièmement, ils opèrent une déduction pour tenir compte des recettes provenant des preneurs de licences générales qui ne répondent pas à la définition légale d'"établissement". Quatrièmement, ils déduisent des recettes provenant de la concession de licences générales la proportion revenant à la musique diffusée à partir d'autres sources que la radio ou la télévision (par exemple, bandes, disques compacts, services commerciaux de musique de fond, juke-boxes, exécutions en direct). Et, cinquièmement, ils opèrent une déduction sur ce montant pour tenir compte des recettes provenant de la concession de licences générales aux établissements de restauration, débits de boisson et établissements de vente au détail qui utilisent la radio, mais ne se conforment pas aux limitations concernant la superficie et le matériel fixées à l'alinéa B) et ne remplissent pas de ce fait les conditions requises pour bénéficier de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales. Le calcul complet et les commentaires des États-Unis à ce sujet figurent dans leur deuxième communication écrite et leur deuxième déclaration orale.²²¹

6.253 Les Communautés européennes estiment que la perte annuelle subie par l'ensemble des détenteurs de droits se chiffre à 53,65 millions de dollars. Le calcul des CE prend comme point de départ le nombre d'établissements qui sont susceptibles de remplir des conditions requises pour bénéficier de l'exception. Deuxièmement, elles opèrent une déduction sur ce nombre, utilisant l'hypothèse des États-Unis selon laquelle 30,5 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration et débits de boissons d'une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés passent effectivement de la musique diffusée à la radio. Troisièmement, elles appliquent aux établissements restants les droits de licence correspondants tirés des barèmes de l'ASCAP²²² et de BMI.²²³ Le calcul complet et les commentaires y relatifs figurent aux paragraphes 39 à 45 de la deuxième déclaration orale des Communautés européennes, qui est reproduite dans l'Appendice 1.6 du présent rapport.²²⁴

²²¹ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 33 à 48 et leur deuxième déclaration orale, paragraphes 29 à 42, qui sont reproduites dans les Appendices 2.5 et 2.6 du présent rapport.

²²² Voir l'extrait figurant dans la pièce n° 26 des CE.

²²³ Voir l'extrait figurant dans la pièce n° 27 des CE.

²²⁴ En réponse à la question n° 4 que le Groupe spécial a posée aux Communautés européennes et dans laquelle il leur demandait des renseignements ou des estimations sur les recettes perçues par les sociétés de recouvrement des CE, celles-ci n'ont été en mesure de fournir des renseignements qu'au sujet de l'Irish Music Rights Organisation (IMRO). Comme l'Irlande représente environ 1 pour cent de la population des CE, celles-ci suggèrent de multiplier par 100 les chiffres concernant l'Irlande afin d'obtenir une estimation pour l'ensemble des CMO des CE.

Nous rappelons notre point de vue selon lequel notre analyse devrait se concentrer principalement sur le marché des États-Unis, mais que des renseignements émanant d'autres pays pourraient être utiles aux fins d'une analyse comparative du marché des États-Unis. Nous regrettons que les Communautés européennes et leurs États membres n'aient pas été en mesure de nous fournir des données plus significatives. Nous ne pensons pas que des renseignements provenant d'un seul État membre des CE et pour lesquels il faudrait faire une extrapolation à l'aide d'un coefficient de multiplication de 100 pour l'ensemble du territoire des CE puissent être utiles pour la tâche dont nous devons nous acquitter.

6.254 Dans l'ensemble, nous estimons qu'aucune des deux estimations n'est dépourvue de pertinence aux fins d'évaluer si le préjudice causé par l'alinéa B) aux intérêts légitimes des détenteurs de droits atteint un niveau qui pourrait être considéré injustifié. La différence entre les résultats de ces deux calculs peut, dans une certaine mesure, s'expliquer par le fait que les éléments pris comme points de départ et les paramètres utilisés pour les calculs sont différents. Les calculs comportent également un certain nombre d'hypothèses similaires. Nous allons mettre en évidence ci-après certaines de ces différences et similitudes.

6.255 L'estimation des États-Unis peut être qualifiée de méthode "de l'exclusion", qui prend comme point de départ le montant total moyen des recettes intérieures réparties par l'ASCAP et BMI pour les années 1996 à 1998. Nous rappelons que les États-Unis estiment que 10,5 à 19 pour cent seulement des restaurants avaient une licence à cette époque. Par conséquent, ce calcul fondé sur le recouvrement préexistant ne tient pas compte des recettes qui auraient pu provenir d'établissements qui étaient déjà visés à l'époque par l'ancienne exception pour usage de type privé ou des restaurants plus grands qui diffusaient de la musique mais qui n'avaient pas de licence à cette époque.

6.256 Le calcul des CE peut, en revanche, être qualifié de méthode "de l'inclusion". Il prend comme point de départ le nombre total de restaurants et d'établissements de vente au détail qui entrent dans les limites de superficie que prévoit cette exception; il est ensuite appliqué à ces établissements les droits de licence les plus bas demandés par l'ASCAP et BMI, étant présumé que 100 pour cent des établissements concernés acquittent des droits.

6.257 Le calcul des CE porte sur l'ensemble des détenteurs de droits, alors que celui des États-Unis ne porte que sur la part revenant aux détenteurs de droits des CE. Les États-Unis estiment que cette part représente entre 5 et 13,7 pour cent des recettes intérieures réparties par l'ASCAP et 8,15 pour cent de celles réparties par BMI.

6.258 Dans leurs calculs, tant les États-Unis que les Communautés européennes opèrent un certain nombre de déductions par rapport aux points de départ ci-dessus en se fondant sur des estimations. En l'absence de renseignements plus détaillés émanant de l'ASCAP, les États-Unis estiment que 50 pour cent des recettes que cette association tire de la concession de licences générales proviennent des établissements visés par l'exception pour usage dans des entreprises commerciales. Se fondant sur les études de la NRA et de la NLBA, ils estiment que 30,5 pour cent des établissements visés par cette exception passent de la musique diffusée à la radio; les Communautés européennes utilisent aussi ce chiffre. Établissant la moyenne des estimations de la NRA concernant le pourcentage de restaurants qui se conforment aux limites de superficie et des chiffres tirés de l'étude de D&B concernant le pourcentage équivalent d'établissements de vente au détail, ils estiment que 52,1 pour cent de l'ensemble des établissements ont une superficie inférieure aux limites prévues par l'exception pour usage dans des entreprises commerciales.

6.259 Aucun des deux calculs ne tient compte des sommes réparties par la troisième CMO des États-Unis, SESAC, ni de la musique télédiffusée. Ni l'un ni l'autre ne cherche à estimer les pertes subies auprès des établissements dont la superficie est supérieure aux limites fixées à l'alinéa B) de l'article 110 5) et qui se conforment néanmoins aux limitations respectives concernant le matériel. Il semble que ni l'une ni l'autre partie ne présume que ces facteurs modifieraient substantiellement le résultat de leurs estimations.

6.260 Nous notons que les deux calculs comportent un grand nombre d'estimations et d'hypothèses. Le fait que ni l'une ni l'autre partie n'ait été en mesure de fournir des renseignements plus directs sur les recettes recouvrées auprès des établissements concernés par l'exception pour usage dans des entreprises commerciales ne facilite pas l'estimation de l'effet immédiat de cette exception du point de vue des pertes annuelles pour les détenteurs de droits.

6.261 L'une des grandes différences entre ces calculs tient à ce que dans le calcul des États-Unis, seul est pris en compte le manque à gagner auprès des établissements qui ne bénéficiaient pas déjà de l'ancienne exception pour usage de type privé et qui acquittaient effectivement des droits de licence. Étant donné nos considérations concernant l'incidence potentielle de cette exception, nous sommes d'avis que le manque à gagner potentiel auprès d'autres utilisateurs de musique est aussi à prendre en considération.

6.262 En outre, les États-Unis indiquent un certain nombre de raisons pour lesquelles ils estiment que leur calcul en cinq étapes est prudent. Ils présumant que 30,5 pour cent des recettes provenant de la concession de licences sont attribuables à la musique radiodiffusée parce que 30,5 pour cent des établissements utilisent la radio, encore que ces établissements puissent diffuser de la musique à partir de multiples sources. En outre, ils présumant que 65,5 pour cent des restaurants et 45 pour cent des établissements de vente au détail qui se conforment aux limites de superficie en pieds carrés contribuent pour 65 et 45 pour cent, respectivement, aux pertes subies par les détenteurs de droits. Néanmoins, ils ajoutent que les petits établissements qui remplissent les conditions requises pour bénéficier des exceptions représentent probablement une plus petite proportion des recettes provenant de la concession de licences. Ils n'estiment pas que ces considérations modifieraient de façon substantielle le résultat de leur estimation.

6.263 Les États-Unis soutiennent aussi que leur calcul ne tient pas compte des dispositions que l'ASCAP et BMI pourraient prendre pour réduire le plus possible toute incidence de la modification de 1998 (par exemple, en concentrant les ressources en matière de licences exclusivement sur les grands magasins qui payent généralement des droits plus élevés, ou en faisant payer davantage pour la musique diffusée à partir de disques compacts et de bandes). À leur avis, l'analyse devrait également tenir compte des ressources limitées des CMO et du faible pourcentage que représentent sur le marché les établissements auxquels elles ont effectivement concédé des licences. Étant donné la certitude qu'offrent les limitations précises que prévoit l'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B), les CMO peuvent désormais réorienter efficacement leurs ressources en matière de licences vers les établissements qui ne remplissent pas les conditions requises pour bénéficier de cette exception et compenser ainsi le préjudice mineur qu'elles pourraient subir. Les États-Unis font référence à une déclaration de l'ASCAP dans laquelle celle-ci faisait part de son intention de "neutraliser les effets" de la modification de 1998 et qu'à cette fin elle entendait réorienter ses ressources en matière de licences vers les établissements qui n'étaient pas visés par l'alinéa B) et dégager des recettes supplémentaires en encourageant l'utilisation de musique exécutée en direct et de musique enregistrée, pour laquelle il n'y a pas d'exception.²²⁵

6.264 À notre avis, ce genre d'argument est sans intérêt pour la question dont nous sommes saisis, c'est-à-dire celle de savoir si l'alinéa B) est conforme à la troisième condition énoncée à l'article 13. Même si nous constatons que cet alinéa ne satisfait pas aux conditions à remplir pour pouvoir invoquer l'exception énoncée à l'article 13, il n'y a dans le droit de l'OMC aucune règle qui oblige un autre Membre ou des parties privées affectés par la mesure d'un Membre qui est incompatible avec les règles de l'OMC à prendre des dispositions pour remédier à toute annulation ou réduction réelle d'avantages qui a été causée ou réduire toute annulation ou réduction potentielle d'avantages.

6.265 Nous rappelons que c'est aux États-Unis en tant que Membre invoquant l'exception qu'incombe en dernier ressort la charge de la preuve quant au point de savoir s'il est satisfait à toutes les conditions énoncées à l'article 13. À la lumière de notre analyse du préjudice causé par l'exception, y compris de ses effets réels et potentiels, nous sommes d'avis que les États-Unis n'ont pas

²²⁵ "Nous prévoyons principalement de concéder des licences de manière agressive aux établissements qui remplissent les conditions requises et qui n'ont pas payé de redevances, et de promouvoir la musique exécutée en direct ou reproduite mécaniquement auprès des nombreux établissements nouvellement ciblés." Voir ASCAP, Playback, octobre-novembre-décembre 1998, page 2, pièce n° 13 des États-Unis.

démontré que l'exception pour usage dans des entreprises commerciales ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

6.266 En conséquence, nous concluons que l'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) de l'article 110 5) ne satisfait pas aux prescriptions de la troisième condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

iii) *L'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A)*

6.267 Les États-Unis soutiennent que l'effet économique de l'exception initiale pour usage de type privé énoncée à l'article 110 5) de 1976 était minime. Il s'agissait d'exonérer de toute responsabilité les propriétaires de petits magasins et de petits restaurants dont les établissements n'auraient pas justifié l'obtention d'une licence commerciale. Étant donné que la concession de licences à ces établissements ne représente pas un marché important, ils ne pourraient pas être une source de recettes importante pour les détenteurs de droits. Dans les cas où aucune licence n'était demandée ou accordée en l'absence d'exception, une exception expresse ne causait pour ainsi dire aucun détriment économique au détenteur du droit. Les établissements qui bénéficient de l'exception parce qu'ils ont une faible superficie en pieds carrés et emploient du matériel de sonorisation rudimentaire sont ceux qui risquent le moins de se voir imposer des licences de manière agressive par les CMO et pour lesquels les droits de licence se situeraient probablement au niveau le plus bas de la fourchette.²²⁶ Étant donné leur taille et comme la diffusion de musique est souvent accessoire aux services qu'ils fournissent, il est fort probable que ces établissements préféreraient tout simplement éteindre la radio s'ils étaient obligés de payer des droits de licence. La modification de 1998 a seulement réduit l'incidence économique de l'exception en limitant la portée aux œuvres musicales "dramatiques". En conséquence, de l'avis des États-Unis, l'exception pour usage de type privé qui est énoncée à l'alinéa A) de l'article 110 5) ne cause pas un préjudice aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

6.268 Les Communautés européennes répondent que la vaste jurisprudence relative à l'exception pour usage de type privé datant d'avant 1998 indique clairement, que des intérêts économiques très importants étaient en jeu. Déjà dans le cadre du scénario *Aiken*²²⁷, un nombre considérable d'établissements aux États-Unis étaient visés par l'exception. D'après les Communautés européennes²²⁸, les limitations de superficie établies dans le cadre de l'affaire *Aiken* ont été doublées par les tribunaux des États-Unis avant la modification de 1998.²²⁹

²²⁶ Voir l'Audience de la Commission des lois, lettre de Mme Marilyn Bergman, Présidente de l'ASCAP et Présidente du Conseil d'administration, pages 175 à 186. Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 34.

²²⁷ Selon l'étude de 1995 du CRS, 13,5 pour cent, 16 pour cent et 18 pour cent de l'ensemble des débits de boissons, établissements de restauration et établissements de vente au détail aux États-Unis étaient visés par l'exception. Voir plus haut les paragraphes 2.11 et 6.142.

²²⁸ Les Communautés européennes ont tout d'abord fait part de leurs craintes que dans l'éventualité où les tribunaux pourraient, depuis la modification de 1998, utiliser aux fins de l'alinéa A) les catégories de superficie indiquées à l'alinéa B), le champ d'application de l'alinéa A) ait toute chance d'être similaire ou même identique à celui de l'alinéa B) et que, pratiquement, cela signifie qu'au moins la moitié de l'ensemble des établissements de services aux États-Unis ont toute chance d'être visés par l'exception énoncée à l'alinéa A). Étant donné que les Communautés européennes n'ont pas fourni d'autres éléments à l'appui de cette hypothèse quant à la jurisprudence future, nous nous abstenons d'examiner cet argument plus avant.

²²⁹ Voir la première déclaration orale des CE, paragraphe 74. Les Communautés européennes font également observer que, même s'il est sans intérêt pour la question du préjudice injustifié d'examiner le degré d'agressivité dont font preuve les CMO dans la concession de licences, l'assertion des États-Unis selon laquelle les établissements visés par l'exception énoncée à l'alinéa A) sont ceux qui risquent le moins de se voir imposer des licences de manière agressive par les CMO est en contradiction avec leur déclaration selon laquelle celles-ci ont fait usage de harcèlement et de pratiques abusives dans la concession de licences.

6.269 Nous rappelons notre analyse concernant l'historique de l'adoption de l'exception initiale pour usage de type privé en relation avec les première et deuxième conditions énoncées à l'article 13. En particulier, s'agissant des bénéficiaires de l'exception, le rapport de Conférence (1976) précisait la raison d'être de cette exception en indiquant s'il s'agissait d'exonérer de toute responsabilité un petit établissement commercial "qui n'avait pas une taille suffisante pour justifier, dans la pratique, l'abonnement à un service commercial de musique de fond".²³⁰ Nous rappelons aussi les estimations concernant les pourcentages d'établissements visés par l'exception.²³¹ De plus, cette exception n'était applicable à ces établissements que s'ils utilisaient du matériel pour usage de type privé. Il était noté dans le rapport de la Chambre (1976) que "[cette disposition] engagerait la responsabilité du propriétaire lorsque celui-ci installe un "système de diffusion sonore" de type commercial ou qu'il convertit un appareil récepteur couramment utilisé dans les foyers (en augmentant sa puissance au moyen de matériel d'amplification perfectionné ou important) en l'équivalent d'un système de diffusion sonore de type commercial".²³² À ce sujet, nous nous référons à notre analyse concernant le matériel admissible ainsi que l'applicabilité de l'exception aux transmissions sur Internet en relation avec les première et deuxième conditions énoncées à l'article 13.

6.270 En outre, nous rappelons que les parties estiment d'un commun accord que le champ d'action de l'exception pour usage de type privé telle qu'elle est énoncée dans la modification de 1998 a été limité, en ce qui concerne les œuvres musicales, à la communication publique d'émissions comprenant des interprétations dramatiques d'œuvres musicales "dramatiques" (telles que les opéras, les opérettes, les comédies musicales et d'autres œuvres dramatiques similaires). Il ne nous a pas été présenté d'éléments de preuve qui donnent à penser que les détenteurs de droits auraient concédé des licences ou cherché à en concéder pour la communication publique, au sens de l'article 11 1) 2° ou 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne (1971), d'exécutions radiodiffusées comprenant des interprétations dramatiques d'œuvres musicales "dramatiques" soit avant l'adoption de l'exception initiale pour usage de type privé, soit après la modification de 1998. Nous ne voyons pas non plus en quoi des communications publiques d'interprétations d'œuvres dramatiques intégrales pourraient revêtir une importance économique ou pratique telle qu'elle pourrait causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits.

6.271 Nous notons que la diffusion de musique par les petits établissements visés par l'exception au moyen d'appareils pour usage de type privé n'a jamais été une source importante de recettes pour les CMO. Nous rappelons notre point de vue²³³ selon lequel, pour déterminer si un préjudice injustifié est causé aux intérêts légitimes des détenteurs de droits, les pertes potentielles pour ces derniers sont, elles aussi, à prendre en considération. Toutefois, il ne nous a pas été présenté de renseignements convaincants qui donnent à penser qu'il était possible que se produisent de tels effets potentiels d'une importance économique ou pratique significative qui engendrent un niveau injustifié de préjudice pour les intérêts légitimes des détenteurs de droits. En particulier, s'agissant de l'exception telle qu'elle a été modifiée en 1998 pour exclure de sa portée les œuvres musicales non dramatiques, les Communautés européennes n'ont pas explicitement allégué que cette exception causait actuellement un préjudice aux détenteurs de droits.

6.272 À la lumière des considérations ci-dessus, nous concluons que l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A) de l'article 110 5) ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits au sens de la troisième condition énoncée à l'article 13.

²³⁰ Rapport de conférence de la Commission des lois de la Chambre, Sous-Commission de la justice et de la propriété intellectuelle, H.R. Rep. No. 94-1733, 94th Congress., 2nd Session 75 (1976), tel qu'il est reproduit dans la pièce n° 2 des États-Unis.

²³¹ Voir plus haut les paragraphes 2.11 et 6.142.

²³² Rapport de la Commission des lois de la Chambre, H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Congress., 2nd Session 87 (1976), tel qu'il est reproduit dans la pièce n° 1 des États-Unis.

²³³ Voir plus haut le paragraphe 6.185, les notes de bas de page 163 à 165 et le paragraphe 6.237.

VII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

7.1 À la lumière des constatations exposées plus haut aux paragraphes 6.92 à 6.95, 6.133, 6.159, 6.211, 6.219, 6.266 et 6.272, le Groupe spécial conclut que:

- a) L'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis satisfait aux prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et est par conséquent compatible avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 9:1 de cet accord.
- b) L'alinéa B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et est par conséquent incompatible avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 9:1 de cet accord.

7.2 Le Groupe spécial *recommande* que l'Organe de règlement des différends demande aux États-Unis de rendre l'alinéa B) de l'article 110 5) conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.